



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Comercial

CONTENIDO LEGAL Y LÍMITES DE LA PARODIA EN CHILE.

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

SEBASTIÁN JARA LUENGO

Profesor guía: Santiago Schuster Vergara

Santiago, Chile

Enero de 2017

A mis padres, Cecilia y Marco, a mi señora, Constanza, a mis tíos Víctor Hugo y Karina, quienes no sólo confiaron, sino que guardaron magnánima paciencia aguardando el término de este apostolado.

AGRADECIMIENTOS

En lo principal, agradezco a mi profesor guía, don Santiago Schuster Vergara, por acercarme de forma certera al mundo del Derecho de Autor, siendo un tutor excepcional en momentos de divagación en este arduo proceso.

Agradecer también a mi familia, por su apoyo incondicional y expectante.

A mis amigos y compañeros, por hacer de esta travesía un viaje extraordinario.

TABLA DE CONTENIDO

1	PORTADA	1
2	DEDICATORIA	2
3	AGRADECIMIENTOS.....	3
4	TABLA DE CONTENIDO	4
5	RESUMEN.....	6
6	INTRODUCCIÓN	7
7	HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN	13
8	METODOLOGÍA.....	14
9	OBJETIVOS	15
9.1	Objetivos Generales	15
9.2	Objetivos Específicos	16
10	MARCO TEÓRICO: LA REGULACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS.	17
10.1	La autorización en el uso de una obra protegida	17
10.1.1	Formas de explotación de una obra protegida	20
10.2	La licencia y la remuneración al autor	22
10.2.1	La cesión de derechos	25
10.2.2	Excepcionalidad de la atribución de derechos a terceros o de presunción de cesión de derechos	27
10.2.3	La remuneración.....	28
10.2.4	Infracciones al Derecho Patrimonial.	30
11	DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN	31
11.1	CAPÍTULO I: EL USO A TRAVÉS DE EXCEPCIONES	31
11.1.1	Regulación de las excepciones en derecho de autor.....	35
11.1.2	Regla de los 3 pasos y el artículo 9° del Convenio de Berna	39
11.1.3	Remuneración en la explotación por excepciones	43
11.1.4	De ser remunerada, ¿Cómo se determina la forma de remunerar?	48

11.2	CAPÍTULO II: LA TRANSFORMACIÓN EN EL USO DE OBRAS	52
11.2.1	Elementos de la transformación	53
11.2.2	Protección de la obra originaria y derivada.....	59
11.2.3	Divulgación de la obra derivada.....	61
11.3	CAPÍTULO III: CARACTERIZACIÓN DE LA PARODIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.....	67
11.3.1	Precisión conceptual previa.....	67
11.3.2	La parodia como tradición creativa.....	75
11.3.3	Clasificaciones de la Parodia	99
11.3.4	Análisis de los elementos de la parodia a la luz del artículo 71 P de la Ley 17.336	110
11.4	CAPÍTULO IV: DERECHOS DE AUTOR AFECTADOS POR LA PARODIA.	144
11.5	CAPÍTULO V: REMUNERACIÓN AL AUTOR DE LA OBRA PARODIADA. .	158
11.5.1	Relación entre explotaciones autorizadas por la excepción y remuneración	160
11.5.2	Fundamento económico y práctico del esquema de remuneración.....	170
11.5.3	Criterios de determinación de la remuneración y <i>quantum</i> mínimo.....	172
12	CONCLUSIONES.....	178
13	BIBLIOGRAFÍA.....	183

RESUMEN

La presente investigación se desarrolla en el contexto de la incertidumbre respecto al contenido de la voz “parodia” para el derecho de autor. Si bien la misma es ampliamente utilizada por autores, doctrina y jurisprudencia, no se ha logrado establecer, ni por el legislador, ni por los jueces al decidir casos difíciles, cuáles son los elementos que definen a la parodia como utilización de obras, ni cuáles son aquellos exclusivos de ella, que permitan excluir de esta excepción a otras utilidades.

El texto analiza las variables históricas, culturales y propiamente técnico-jurídicas que pueden entregar a un eventual sentenciador pautas de resolución de conflictos en torno a la naturaleza y alcances de la figura de la parodia, afinando así los elementos necesarios y exclusivos de la parodia para identificarla en un caso concreto, a la luz de la Ley de Propiedad Intelectual chilena.

INTRODUCCIÓN

En países de habla hispana y tradición occidental el humor forma parte en sumo relevante de la cultura popular. Grandes géneros humorísticos se han desarrollado a partir del objetivo de hacer reír a una audiencia, dando pie a variadas formas de comedia, que pasan del relato breve a complejas representaciones teatrales, y espectáculos multiplataforma donde la comedia o lo humorístico tiene diversos grados de influencia y evidencia.

El fenómeno, si bien forma parte de nuestras prácticas comunicativas más primitivas¹, se ha tornado más patente y problemático jurídicamente en las últimas dos décadas en toda Hispanoamérica² por la masificación y digitalización de las comunicaciones y una mayor extensión de la libertad de expresión³, probablemente ligada a la caída de la mayoría de los totalitarismos en la región. La explosión de la era digital de la información ha favorecido en gran medida a que la producción y difusión artística en los diversos géneros cómicos se haya masificado y atomizado en un número inabarcable de autores, haciendo de la actividad paródica una práctica extendida e incontrolable.

¹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. El régimen Jurídico de la Parodia. Ed. Marcial Pons, Madrid, 2005. P. 21.

² PALMIRA MASSI, María. El humor es cosa seria. Discursos transgresores en la prensa alternativa norpatagónica. En Comunicación y medios N°18/ ISSN 0716-3991. Instituto de la Comunicación e imagen. Universidad de Chile. 2008. pp. 155-175.

³ Ibid.

El Derecho de Autor tiene un lugar fundamental en este desarrollo artístico. Dentro de este proceso creativo frecuentemente se recurrirá a obras protegidas anteriores para crear una obra nueva, y tal relación de la obra con otras anteriores puede constituir una forma de uso o explotación de la obra original, que debe ser autorizada por el respectivo autor. La forma de explotación más recurrente en este género es sin lugar a dudas la *adaptación* de obras, de manera que el contenido de la obra nueva se dirija a la misma obra adaptada, a su autor, o a cualquier otra circunstancia.

Aparece así la parodia, cuyo significado común corresponde a una “*imitación burlesca*”⁴, y a su vez el verbo parodiar se asocia con “*remedar o imitar*”⁵. Dicha palabra proveniente del latín *parodīa*, y a su vez éste del griego *παρωδία*⁶. Tal etimología, no termina siendo suficiente para aplicar las normas sobre excepción de Derecho de Autor, ya que, por su vaguedad, no permite construir un concepto jurídicamente aplicable, toda vez que el concepto de *imitación* puede ser imputado a variadas utilizaciones de obras, lo que no permite un análisis acucioso y práctico.

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. 2001. Diccionario de la lengua española. 22ª edición. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=9lwCMBvWCDXX2vWdojK1> [consulta: 24 marzo 2015]:

parodia.

⁵ Ibid. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=YMJg3ir87DXX21hu65ls> [consulta: 24 marzo 2015]

⁶ Ibid. [en línea] <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=9lwCMBvWCDXX2vWdojK1> [consulta: 24 marzo 2015]

Parodia en Derecho de Autor es considerada una excepción al Derecho Patrimonial del autor de una obra protegida sobre el uso de su obra, por la cual éste no puede negarse a la realización de dicha utilización ni impedir su concreción, siempre que cumpla con los requisitos contenidos en Chile en el artículo 71 P de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual (en adelante la “LPI”). La norma señala que: “*Será lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.*”⁷ En tal sentido, el consagrar una excepción al derecho exclusivo del autor, materializa el reconocimiento del ordenamiento jurídico de otros bienes jurídicos relevantes que deben atenderse sobre la exclusividad del uso que detenta el autor, como la creación y difusión artística, entre otros⁸.

Ahora bien, la norma chilena citada no define qué es la parodia, sólo señala que será lícita cuando constituye un “aporte artístico” que la distinga. Tal redacción es a lo menos poco precisa, puesto que homologa la parodia con la sátira, no otorga elementos certeros para establecer cuándo se produce este aporte artístico requerido, impidiendo conocer cuándo estamos frente a una parodia y cuándo no, sino sólo estableciendo este requisito especial para su licitud. Tampoco se refiere expresamente esta norma a la gratuidad u

⁷ CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1970. Ley 17.336 de Propiedad Intelectual. Octubre de 1970. Modificada por la Ley 20.435, de 4 de mayo de 2010.

⁸ CORREA Cardozo, Hernán. Retos del Entorno Digital al Régimen de Limitaciones y Excepciones. En Revista Interamericana de Derecho de Autor. CERLALC. Bogotá, Colombia, 2007. p.101.

onerosidad de este uso lícito, aspecto que sí es tratado en otras excepciones del catálogo de la LPI (arts. 71B, 71C, 71E, 71F, 71I, 71J, 71K, 71, 71L, 71M, 71Ñ, 71O, 71R, y 71S).

La norma del art. 71 P no deja claro tampoco si esta excepción opera exclusivamente al derecho patrimonial del autor sobre la adaptación de la obra, y si no afecta, o puede llegar a afectar los derechos morales de los que es titular el creador de una obra. La jurisprudencia en nuestro país tampoco ha llegado a pronunciarse en este sentido.

La parodia en tanto excepción, conforma una reducción de la cláusula de prohibición general del uso de obras que hace el artículo 19 de la LPI. Es necesario en dicha forma, entender la extensión de su ámbito de aplicación, lo que se logra estableciendo el concepto de sátira o parodia tenido a la vista por el legislador a la hora de crear el referido artículo, y luego obteniendo de dicho concepto características propias de la parodia que permitan determinar si un uso en particular califica para esta excepción o no.

Resulta esencial entonces, encontrar el alcance de la parodia como excepción a la luz de la cláusula de prohibición general, lo que debiese lograrse distinguiendo qué es parodia y qué es una simple adaptación, reproducción u otro tipo de explotación no amparada por la norma, y creando criterios uniformes que permitan a nuestra jurisprudencia mantenerse en el espíritu y lógica sistémica de nuestro sistema de Derecho de Autor.

Este debate se ha dado a nivel internacional, donde diversos autores han analizado el concepto de parodia a la luz de su normativa interna y los diversos tratados internacionales que rigen la materia. Sin embargo, resulta bastante complejo integrar los términos de dicha discusión a nuestro sistema jurídico. El mayor desarrollo del concepto de parodia se ha dado en el contexto del sistema de *copyright*, a la luz del *fair use* como principio informador de la excepción y cuyos principios regulan además los límites que la parodia tiene⁹. Por otro lado, los autores que han intentado dotar de contenido a la parodia en los sistemas continentales de Derecho de Autor lo han hecho a partir de su propio desarrollo cultural y jurídico, respondiendo a una tradición que es bastante disímil e imposible de asimilar en otra nación. En concreto, no podemos asumir *a priori* que el contenido de la parodia como es concebida en países como España¹⁰ o Brasil¹¹ sea trasplantable a nuestro país.

Frente al desafío de interpretar la norma del artículo 71 P, y fijarse así su sentido y alcance, es necesario atender a las normas del Código Civil. De esta forma, conforme a los artículos 19 a 24 de dicho Código, debe atenderse en primer lugar a su tenor literal, y si tal no fuere claro, al resto de las normas de

⁹ SPITZ, Brad. Derecho de Autor, copyright y parodia, o el mito del uso leal. En *Revue Internationale du Droit D'Áuteur* (204). París, Abril de 2005. p. 66.

¹⁰ PÉREZ BES, Francisco. Aproximación a la Figura de la Parodia en el Derecho de la Propiedad Intelectual. En *El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual*. Coordinadores: Macías Castillo, Agustín, y Hernández Robledo, Miguel Ángel. 1a. ed. La Ley, Madrid, 2008. P.361

¹¹ MONROY Rodríguez, Juan Carlos. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor. En *Revista Interamericana de Derecho de Autor*. CERLALC. Bogotá, Colombia, 2007. p.184.

interpretación, que nos llevan a atender el espíritu o intención del legislador y su historia fidedigna. Además, debemos tener en consideración el principio general de interpretación referente a la utilidad o razonabilidad de la norma, que nos dice que toda norma jurídica debe contar con sentido y aplicación práctica, lo que provocará que ante cualquier duda profesional hecha al abogado consultor, o a un informe en derecho encargado, se usará un criterio bastante laxo para saber si una obra se enmarca en la excepción de parodia o no¹². Sin embargo, esto se torna problemático en el litigio en que se discuta por el autor de la obra originaria el carácter paródico de una obra en particular, señalando que sea una simple adaptación o reproducción (y por tanto requería su autorización), lo que deba fallar un tribunal competente. Esta tarea interpretativa no ha sido desarrollada por tribunal continental alguno hasta el momento.

Es necesario entonces conocer el concepto de parodia y de sátira contemplado por el legislador, y así entregar mayor seguridad jurídica a los operadores que pueden llegar a usar esta limitación a la cláusula de prohibición general, contribuyendo así a nuestra tradición en materia de comedia y uso por adaptación de obras protegidas, al fomentar el uso seguro de este género literario y artístico.

¹² Ni siquiera podemos hacer referencia a algún criterio, puesto que la discusión académica, como se ha dicho, se da en torno a la existencia o no de parámetros para calificar una obra de parodia o no.

HIPÓTESIS DE INVESTIGACIÓN

Esta investigación probará que *la parodia se diferencia de una simple adaptación a partir del examen de elementos que pueden ser objetivizados y apreciados por el operador jurídico, tenidos a la vista por el legislador, y que provienen de su naturaleza como fenómeno cultural y sociológico, con el fin de determinar su alcance como limitación a la cláusula de prohibición general impuesta por el artículo 19 de la LPI.*

Luego, también comprobará que, en el caso de poder calificar un uso de obra como parodia, *dicha explotación debe remunerarse al autor de la obra parodiada.*

METODOLOGÍA

Utilizaré para esta investigación un método inductivo-analógico que permita, a partir de la experiencia comparada, casos concretos y la normativa que informa el uso de excepciones, crear parámetros que orienten hacia el contenido esencial de la parodia.

Así, para lograr encontrar el concepto clave del análisis, recurriré en primera instancia al material bibliográfico nacional y extranjero disponible, junto a casos emblemáticos jurisprudenciales en los que se haya discutido el concepto de la parodia y se haya intentado establecer sus límites, poniendo énfasis en la jurisprudencia nacional, para finalmente analizar las constantes y variables en nuestro sistema, que otorguen un mayor contenido al concepto de parodia que el que se aprecia en el art. 71 P de la LPI.

OBJETIVOS

9.1 Objetivos Generales

Esta investigación pretende otorgar al operador jurídico una pauta clara respecto a los elementos objetivos, esenciales y distintivos de la parodia que permitan la aplicación o la exclusión de la norma permisiva del artículo 71 P a cada utilización en particular. Para ello, se ha propuesto establecer en base a nuestra legislación interna y foránea, jurisprudencia y doctrina, cuáles son los elementos que debe contener una explotación de obras para calificar de parodia, distanciándose así de una simple adaptación u otro uso. Además, pretende entregar una pauta certera respecto a la operatividad práctica de la excepción, estableciendo la titularidad de los derechos involucrados y la forma y cuantía de la remuneración por esta utilización.

9.2 Objetivos Específicos

Establecer las características de la parodia como tradición creativa, a través de sus orígenes y desarrollo como fenómeno social hasta ser una técnica creativa.

Determinar los elementos objetivos y subjetivos que diferencian a la parodia de un uso convencional de obras protegidas, que conformen sus requisitos de existencia y validez frente al artículo 71 P de la LPI.

Establecer los derechos morales y las facultades de derecho patrimonial afectadas por la excepción de parodia.

Comprobar que la explotación de una obra por parodia debe ser remunerada. En la afirmativa, determinar una forma de establecer su monto.

MARCO TEÓRICO: LA REGULACIÓN DE LA UTILIZACIÓN DE OBRAS PROTEGIDAS.

10.1 La autorización en el uso de una obra protegida

La regulación del uso y explotación de las obras protegidas¹³ por la Ley de Propiedad Intelectual se encuentra en los artículos 17, 18, 19 y 20 de la LPI¹⁴, los que contienen matriz de uso más relevante en materia de derecho de autor.

¹³ Para los efectos de mantener la línea investigativa del presente trabajo, los conceptos de uso, explotación y obra protegida, derecho moral, derecho patrimonial, entre otros, se han definido en el glosario y no forman parte de la discusión académica aquí presente. Sobre dichos conceptos, WALKER ECHEÑIQUE, Elisa. Manual de Propiedad Intelectual. Thompson Reuters Chile. Santiago, 2014; OFICINA DE TRANSFERENCIA TECNOLÓGICA, DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN. 2014. Manual de Propiedad Intelectual. Lafont Editorial; GUÍA DE PROPIEDAD INTELECTUAL y derecho de autor. 2013. Por Felipe Montero Morales “et al”. 1ª ed. Santiago de Chile, Quad/Graphics Ltda; MANUAL DE LA OMPI de información y documentación en materia de propiedad industrial. [en línea] <<http://www.wipo.int/standards/es/#handbook>> [consulta: 14 agosto 2016]; BERBERAN MOLINA, P.J. 2010. Manual Práctico de Propiedad Intelectual; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. 2015. Manual de Propiedad Intelectual. 6ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch.

¹⁴ **Artículo 17.-** 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.

Artículo 18. Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:

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

Conforme a esta matriz de ideas, y al artículo 19 de la LPI, el uso no autorizado de una obra “*hará incurrir al o los responsables en sanciones las civiles y penales correspondientes*”, anunciando ya incluso la responsabilidad penal conforme al capítulo II de la LPI. Es la norma conocida como “cláusula de prohibición general” que ampara a las obras protegidas, prohibiendo cualquier uso no autorizado por el autor. De esta forma, el autor toma el control de su obra, decidiendo el uso que se le dará, y pudiendo exigir la remuneración para entregar su autorización.

La autorización así no es sólo una mera herramienta privada de explotación de la obra, sino también la culminación del interés público consistente en el fomento a la creación intelectual –consagrado en el artículo 19 N° 25 de la

utilizados en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio.

e) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley.

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

Artículo 19.- Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.

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

Artículo 20.- Se entiende, por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.

La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el Reglamento.

A la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza.

CPR¹⁵- a través del seguimiento y correlación que debe existir entre la suerte económica del autor y de su obra.

¹⁵ **Artículo 19.-** La Constitución asegura a todas las personas:

N° 25.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior.

10.1.1 Formas de explotación de una obra protegida

Una obra protegida puede ser explotada de las formas descritas en el artículo 18 de la LPI, el que al tratar el derecho patrimonial de autor distingue entre:

- a) La Publicación o comunicación pública de una obra;
- b) La Reproducción;
- c) La Adaptación o transformación;
- d) La Ejecución Pública mediante radiodifusión o fonogramas; y
- e) La Distribución de ejemplares.

De esta forma, se contemplan bajo estas 5 formas de utilización todas aquellas explotaciones de que puede ser objeto una obra cualquiera. Me referiré a la comunicación pública y la distribución, la transformación y la ejecución, por ser aquellas que mayor relación tienen con la excepción de parodia.

En cuanto a la **comunicación pública**, corresponde 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, 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.¹⁶ (Esta puesta a disposición es la que considera la publicación de contenidos en internet)¹⁷.) Por su parte, la ejecución se contempla en el contexto de las prestaciones conexas. La **distribución** corresponde a 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. Implica que el acceso a la obra debe ser mediante un soporte físico, cuya propiedad se entrega al público de manera tangible. Es la típica explotación por la cual se difunden obras literarias. Finalmente, la **transformación** consiste en que es *“todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente.”*¹⁸

¹⁶ (Antequera, 2001)

¹⁷ Art 5° v) LPI

¹⁸ Art. 5° w) LPI

10.2 La licencia y la remuneración al autor

El contrato de Licencia ha sido definido como el *permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que la Ley 17.336 establece*¹⁹. La OMPI lo ha definido también como “*Autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (licenciante) al usuario de la obra (licenciataria) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente.*”²⁰

Encuentra su regulación en el Artículo 20 de la LPI²¹, el que establece el contenido esencial y de la naturaleza del contrato de Licencia. En primer lugar, es de la esencia del contrato de licencia según el artículo 20: los Derechos concedidos, dos partes (autor licenciante, quien es titular del derecho de autor

¹⁹ PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE AUTOR, Curso electivo. SCHUSTER, Santiago. Apuntes de clases. Semestre primavera 2014. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

²⁰ Glosario OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos conexos

²¹ “Se entiende, por autorización el **permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra** de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.

La autorización deberá **precisar** los (1) **derechos concedidos** a la persona autorizada, señalando el (2) **plazo de duración**, la (3) **remuneración** y su **forma de pago**, el (4) número **mínimo o máximo** de **espectáculos o ejemplares** autorizados o si son **ilimitados**, el (5) **territorio de aplicación** y todas las (6) **demás cláusulas** limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el reglamento.

A la persona autorizada **no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización**, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza.”

por la sola creación y autoriza el uso de la obra y tercero licenciado que se beneficia de dicha autorización), y una obra protegida.

Por su parte, son elementos de la naturaleza de la licencia el plazo de duración²²; la remuneración y forma de pago, donde la autorización se presume onerosa. Si no se estableciere una remuneración de manera expresa, la LPI establece mecanismos para determinarla supletoriamente, como en el caso del contrato de Edición o el de Representación, que establecen un mínimo irrenunciable del 10% del precio de venta al público de los ejemplares o las entradas. Las formas de fijar la remuneración apuntarán a que participe de ella dependiendo de la naturaleza y forma de explotación de la obra, por porcentajes, sumas fijas o ambas combinadas, pudiendo establecer anticipos; el modo de explotación o uso²³; y el territorio de aplicación²⁴.

Fuera del artículo 20 también se encuentra como elemento de la naturaleza la exclusividad. Como señala el ART. 22: Las autorizaciones relativas a obras literarias o musicales no confieren el uso exclusivo de la obra, manteniendo el

²² De no establecerse por las partes, se ha entendido que el plazo no puede extenderse más allá del plazo de protección otorgado por nuestro ordenamiento. Que son 70 años desde la muerte del autor, o desde la creación o publicación de la obra en ciertos casos.

²³ En este elemento se comprende la forma en que es ejercida la autorización, limitándola a un número mínimo o máximo de ejemplares a reproducir, o espectáculos a realizar, o si son ilimitados. Es relevante al respecto lo que señala el inciso final del artículo 20, respecto a que al *usuario no le serán reconocidos más derechos que aquellos que figuren en la autorización*. Así, no se entiende incorporada la autorización a utilizar la obra de algún modo que no sea el o los expresamente autorizados. Ejemplo derecho internacional: Caso Random House Inc. v Rossetta Books LLC., sobre la edición en papel, que no entiende autorizada a editar en ebook. CARYN J. ADAMS, Random House v. Rosetta Books, 17 Berkeley Tech. L.J. 29 (2002). [en línea] <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btj/vol17/iss1/4>> [consulta: 14 agosto 2016]

²⁴ No existe norma expresa al respecto, por lo que, de no limitarse el territorio, debe entenderse a nivel local o nacional.

titular la facultad de concederlo, también sin exclusividad, a terceros, salvo pacto en contrario.

Como elementos accidentales, las partes pueden agregar otras cláusulas limitativas de la autorización, como la exclusividad, y todas aquellas que estimen convenientes.

10.2.1 La cesión de derechos

La característica de la cesión, que la diferencia de la licencia, es que por la cesión **el cesionario sustituye al cedente en la titularidad del Derecho Patrimonial**. Así lo sostiene el Glosario de la OMPI en su definición de licencia: “A diferencia de la cesión, la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor, derecho que sigue siendo de la pertenencia del licenciante...”²⁵. De esta manera, existe un mayor aprovechamiento del uso de la obra por el cesionario (en relación al autorizado), e implica la exclusividad en el uso de la obra, mientras que en la licencia se presume no exclusiva. Sólo en sistemas dualistas de Propiedad Intelectual que distinguen entre derechos morales y patrimoniales, como el contemplado en Chile, se concibe la cesión de derechos como figura separada de la autorización. En sistemas monistas de Propiedad Intelectual, como el alemán, sólo existen autorizaciones, debido a que en ningún sistema es aceptado que el titular pueda desprenderse de sus derechos morales.

La cesión de derechos es un contrato solemne, que requiere para su validez el otorgamiento de instrumento público, o privado autorizado ante notario, tal como exige el Artículo 73 de la LPI, que exige además como requisito de

²⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI): “Glosario de derecho de autor y derechos conexos”. Ob. Cit. Voz 142. P. 145.

publicidad la inscripción de la misma convención en el Registro de Propiedad Intelectual dentro del plazo de 60 días, contado desde la fecha de celebración del respectivo acto o contrato. Cabe señalar que la protección judicial de los derechos del cesionario es más fuerte, ya que el cesionario puede configurarse como víctima de delito de propiedad intelectual, lo que es más difícil de configurar en relación al autorizado. Por su parte, el cesionario puede utilizar la obra de todas las formas descritas en el acápite 10.1.1.

10.2.2 Excepcionalidad de la atribución de derechos a terceros o de presunción de cesión de derechos

La regla general para conceder el uso y explotación de una obra está en el artículo 20 de la LPI (Autorización o Licencia). De manera excepcional, se admite la cesión de derechos patrimoniales a un tercero, por lo que es de derecho estricto. Las formas admitidas en nuestro ordenamiento para estos efectos son la cesión convencional de derechos, la presunción de cesión de derechos y la cesión legal.

Es más, sólo al autor le son reconocidos originariamente derechos sobre su obra, por lo que parte de la doctrina se refiere a ellos como derechos exclusivos o monopólicos. El uso permitido a través de las excepciones no vendría a ser una atribución de derechos, sino una norma permisiva, como se analizará más adelante.

10.2.3 La remuneración

En Derecho de Autor existe un principio fundamental: **el autor debe seguir la suerte económica de la obra**. Acorde a él, el autor debe recibir los réditos económicos que produzca la obra que creó. Y en base a ello, el derecho patrimonial debe adquirir valor económico para cumplir con el objetivo de fomentar y desarrollar la creación artística²⁶. Para ello, se le otorga al autor la facultad exclusiva de autorizar la explotación de sus obras, conforme a las reglas de la Licencia ya expuestas. En ese sentido, “...salvo los casos permitidos expresamente por la ley, toda transmisión o licencia de uso para la explotación de una obra, debe implicar a favor del cedente o licenciante una remuneración proporcional a los ingresos que se obtengan con su utilización.”²⁷

Sin embargo, el significado y concreción real de esta facultad exclusiva decanta en la posibilidad que tiene el autor de exigir una contraprestación de carácter pecuniario como condición básica para otorgar la autorización que le requiere el tercero.

Las formas de fijar la remuneración apuntarán a que participe de ella dependiendo de la naturaleza y forma de explotación de la obra, por porcentajes, sumas fijas o ambas combinadas, pudiendo establecer anticipos,

²⁶ Directiva UE 26/2014

²⁷ (Antequera, 2001)

por lo tanto, se encuentran entregadas a la libre negociación de las partes, con ciertos parámetros mínimos que han sido entendidos generalmente como aquellos dados por la remuneración regulada en el contrato de Edición y el de Representación, presentes en los artículos 48 y siguientes, y 55 y siguientes respectivamente, todos de la LPI.

10.2.4 Infracciones al Derecho Patrimonial.

El uso de una obra protegida sin la correspondiente autorización o licencia, o cesión de derechos, tiene como consecuencia según el **Artículo 19 de la LPI** la responsabilidad por las **sanciones civiles y penales** al infractor²⁸. La sanción penal se determina por el monto del perjuicio²⁹.

²⁸ En tal sentido, el **artículo 79 en su letra a)** señala que comete **falta o delito** contra la propiedad intelectual quien, *“sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.”*; y en su **letra b)**, sanciona a quien, *“sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II.”*

²⁹ Así, según el artículo 78 y siguientes de la LPI, cuando el monto del perjuicio causado sea inferior a las 4 UTM, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 UTM; cuando el monto del perjuicio causado sea igual o superior a 4 UTM y sea inferior a 40 UTM, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 UTM; y cuando el monto del perjuicio sea igual o superior a 40 UTM, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1.000 UTM.

DESARROLLO DE LA INVESTIGACIÓN

11.1 CAPÍTULO I: EL USO A TRAVÉS DE EXCEPCIONES

Las excepciones en materia de propiedad intelectual pueden ser definidas como aquellas *limitaciones* a los derechos otorgados al autor, que reducen su ámbito de acción frente a una explotación en particular. En dicho sentido, la excepción consagra una forma de uso (de las maneras que se señalan en el acápite siguiente), afectando un derecho patrimonial de autor en particular, ya sea la reproducción, transformación, comunicación pública o distribución de la obra. Es relevante tener esto en mente a la hora de analizar las excepciones analizadas en esta investigación, toda vez que por su carácter limitativo de derechos, las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva³⁰. La lógica es en cierto modo distinta en los países que se rigen por el sistema de copyright, en que es la concesión del contrato social la que establece el intercambio de la protección y el permiso a profitar de la obra creada con el acceso a la obra que el autor debe permitir a la sociedad³¹.

³⁰ SPITZ, Brad. Derecho de Autor, Copyright y Parodia o el Mito del Uso Legal. En *Revue Internationale du Droit D'Auteur*. París, Abril 2005. P.56.

³¹ *Ibid.*

Las excepciones pueden caracterizarse según la forma en que operan las disposiciones que las consagran, de acuerdo a RICKETSON³², distinguiendo entre:

1. Aquellas que *excluyen*, o permiten excluir, de la protección del Derecho de Autor a determinadas categorías de obras. El autor señala que estas disposiciones corresponderían simplemente a “limitaciones” a la protección, atendiendo a la naturaleza de la obra o del autor.
2. Aquellas que conceden *inmunidad* en los procedimientos de infracción respecto de determinadas modalidades de utilización. Estas disposiciones, son caracterizadas por el autor como “utilizaciones permitidas” o excepciones a la protección, debido a que hacen posible la aplicación de una eximente en los casos en los que pudiera derivarse responsabilidad jurídica.
3. Aquellas que permiten una utilización en particular del material protegido por el derecho de autor, sin requerir la autorización previa, pero previo pago al titular de dicho derecho. Estas disposiciones, son conocidas también como “licencias obligatorias”.

En nuestra legislación se encuentran en el título III de la LPI, pero también puede encontrarse excepciones aplicables a nuestro sistema en el Convenio de

³² RICKETSON, Sam. *Estudio Sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital*. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL (OMPI). Ginebra, junio 2003.

Berna, entre otros cuerpos de Derecho Internacional. En cuanto a las excepciones que aplican en nuestro ordenamiento, la doctrina³³ ha distinguido entre aquellas excepciones (i) libres y gratuitas; o (ii) libres y sujetas al pago de una remuneración. Estas últimas serían las licencias legales o no voluntarias. Según parte de nuestra doctrina³⁴, no existen en Chile estas licencias legales, pero es posible que el legislador las establezca. Volviendo a la clasificación de RICKETSON, nuestras excepciones se enmarcarían en aquellas del tipo 2 y 3, ya que la exclusión de protección a cierto tipo de obras no se hace a este nivel, sino que al calificarlas derechamente excluidas de protección por carecer de elementos de originalidad o temporalidad.

La prerrogativa que entregan estas excepciones se traduce en que el usuario no requerirá autorización del titular del derecho de autor para realizar la explotación que permite la excepción. Por su parte la gratuidad de las mismas implica que en dichos casos no hay contraprestación a favor del autor por dicha utilización.

Ahora bien, un principio fundamental que informa la aplicación de las excepciones corresponde a su reserva legal, lo que es acorde a todo nuestro sistema de derecho de autor, en tanto el Derecho de Propiedad, el Derecho de

³³ PROPIEDAD INTELECTUAL Y DERECHO DE AUTOR, Curso electivo. SCHUSTER, Santiago. Apuntes de clases. Semestre primavera 2014. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.

³⁴ Ibid.

Propiedad Intelectual y la Libertad Artística son garantías constitucionales³⁵, por lo que cualquier limitación a dichas garantías, como lo son estas disposiciones, tiene que estar regulada en la Ley.

³⁵ Art. 19 N°25 CPR.

11.1.1 Regulación de las excepciones en derecho de autor

Como se señaló *supra*, al constituir limitaciones al ejercicio del derecho patrimonial de autor, las excepciones deben ser reguladas por Ley. En tal sentido, los artículos 71 A a 71 S de la LPI entregan el catálogo de excepciones que contempla nuestra normativa nacional. Fuera de esta normativa, encontramos en los tratados suscritos y ratificados por Chile, como los que se reseña a continuación, disposiciones relativas a excepciones, las que principalmente consagran parámetros obligatorios para el legislador al momento de crear la norma, o forman criterios interpretativos para determinar su alcance, a falta de una regulación interna mayor.

En primer lugar, el Convenio de Berna, además de consagrar la “prueba de los 3 pasos” que se analizará en el acápite siguiente, establece en su artículo 2.4)³⁶ la delegación a la normativa de cada estado parte respecto a si otorgará protección, y en qué medida, a los textos oficiales de origen legislativo, administrativo o judicial. En tal sentido, excluye de la protección del convenio de manera *a priori* a estos textos que bien podrían constituir obras literarias protegidas. Aunque el elemento de originalidad resulte difícil de ser imaginado en este tipo de textos, resulta posible la existencia de un texto oficial que reúna

³⁶ “Queda reservada a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de determinar la protección que han de conceder a los textos oficiales de orden legislativo, administrativo o judicial, así como a las traducciones oficiales de estos textos.”

las características de una obra protegida. Sin embargo, nuestra legislación no ha regulado el ámbito de protección que se le otorgaría a este tipo de textos específicamente, por lo que, de aparecer un texto con características de obra protegida, sólo cabría analizar si procede la cesión legal establecida en el artículo 88 de la LPI.

El convenio establece también en su artículo 2.8)³⁷ la exclusión de la protección del mismo respecto a las noticias del día y a la información de prensa. Si bien se ha generado debate respecto a la redacción del precepto, la doctrina³⁸ ha entendido que esta disposición excluiría de la protección a los hechos noticiosos *a fortiori*, dejando a los artículos de los periodistas u otras obras relacionadas bajo la protección de las obras literarias, al amparo de las reglas generales.

En tercer lugar, el artículo 2 bis.1)³⁹ del mismo convenio establece la facultad de cada estado parte de excluir de la protección a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales, posta que toma nuestra LPI en el artículo 3° y 71D, en los que se establece su protección, pero estableciendo la excepción sólo con fines de información.

³⁷ “La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni de los sucesos que tengan el carácter de simples informaciones de prensa.”

³⁸ RICKETSON. Op. Cit. p.11. y Grupo Especial de la OMC encargado de examinar el asunto “Estados Unidos Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos”, 15 de junio de 2000. Vol. II, 1155.

³⁹ Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de excluir, total o parcialmente, de la protección prevista en el artículo anterior a los discursos políticos y los pronunciados en debates judiciales.

En cuanto a los mandatos a los Estados parte para la consagración de excepciones, el convenio además regula los requisitos que debe cumplir la excepción de cita en la legislación de cada estado parte, según el artículo 10.1.)⁴⁰ del mismo, los que son recogidos por el artículo 71B de nuestra LPI. El artículo 10.2)⁴¹ se refiere a las explotaciones con fines de enseñanza y aplica la misma fórmula anterior, encargando a las legislaciones de los estados parte su regulación. Tales utilidades han sido sistematizadas en el artículo 71 M de la LPI.

En cuanto a la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, ratificada por Chile el 5 de junio de 1974⁴², contiene 4 excepciones expresas en el artículo 15.1., correspondientes a la utilización para uso privado, tratada también en el artículo 71 N de la LPI; la utilización de fragmentos con motivo de información de sucesos de actualidad, tratada en relación al Convenio de Berna; la fijación efímera realizada por organismos de radiodifusión para sus emisiones, la que es tratada con una mayor amplitud en

⁴⁰ Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.

⁴¹ Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

⁴² OMPI. Tratados administrados por la OMPI [en línea]. http://www.wipo.int/treaties/es/ShowResults.jsp?lang=es&treaty_id=17 [consulta: 13-12-15]

el artículo 71 O de la LPI, permitiendo el *caching* a cualquier usuario; y las utilizaciones con fines exclusivamente docentes o de investigación científica, figura más amplia que aquella contemplada en el Convenio de Berna⁴³, y por supuesto más amplia que el derecho de cita consagrado en el artículo 71 B de la LPI.

Si bien las disposiciones comentadas conforman instrucciones a los legisladores de los Estados parte, su mandato vinculante a cada Estado suscriptor provoca que las excepciones acá descritas se comuniquen a las legislaciones para luego ser aplicadas por usuarios y jueces, o terminan informando los principios interpretativos que regulan la aplicación de las respectivas excepciones.

⁴³ RICKETSON. Op. Cit. p.47

11.1.2 Regla de los 3 pasos y el artículo 9° del Convenio de Berna

Si bien se ha señalado *supra* que la regulación de las excepciones debe ser realizada por la Ley, al limitar las facultades y propiedades del derecho de autor, existe el marco regulatorio *supralegal* que otorga el Convenio de Berna, ratificado por Chile el 10 de julio de 1975, que en su artículo 9°, numeral 2°, entrega las pautas para que cada legislador adscrito defina cualquier excepción, al regular el derecho de reproducción. Señala dicho precepto:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

Puede desglosarse este artículo para su mejor comprensión en 3 pasos:

1. “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión”. Esto conlleva a que la aplicación de la excepción no es automática, sino entregada a la normativa local, y por su conducto aplicable caso a caso. El uso de esta reserva legal constituye el primer paso.

2. “Permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que no atente a la explotación normal de la obra”. Debe hacerse la primera salvedad respecto a que este artículo actualmente regula no sólo el derecho de reproducción, sino que como ya se ha adelantado, se ha transformado en la matriz de toda excepción, en razón a cualquier forma de explotación, producto de la reproducción que el artículo 13 de los ADPIC hace

respecto al artículo 9 del Convenio de Berna, aplicado a toda excepción. El sentido de este apartado es la primera cortapisa de toda excepción, poniendo énfasis en la especialidad del caso a autorizar por la legislación. De esta forma, toda excepción no debe autorizar una “explotación encubierta” de la misma obra, sino un uso especialmente regulado y previsto, que no compita económica ni funcionalmente con la explotación normal de la obra protegida.

3. “...ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”. Esta última frase indica la clara correspondencia que debe existir entre el bien jurídico tutelado por la excepción y el perjuicio que se irrogará al autor con la excepción a consagrar. Debe tenerse en cuenta que toda excepción causará un perjuicio al titular de los derechos de autor, toda vez que se verá impedido de oponerse a la explotación autorizada por la Ley, y por tanto no participará de la determinación de los réditos de la explotación autorizada. No podrá fijar detalladamente el precio de la autorización, ni las formas exactas en que se utilizará su obra, en cuanto a cantidad y calidad del uso. Sin embargo, este perjuicio no debe alcanzar una desproporción tal que no sea acorde al bien jurídico que se pretende proteger o fomentar por la excepción, ni justificable en torno al propósito buscado por el legislador, como lo sería un atentado al honor o reputación del autor originario, afectando sus derechos de la personalidad⁴⁴, o sus derechos patrimoniales al competir con la obra originaria en su mercado o

⁴⁴ SPITZ, Brad. Op. Cit. p. 98.

denigrar la obra⁴⁵. Este propósito o bien jurídico buscado por la excepción puede abarcar tanto la difusión de la cultura, la enseñanza, o la libertad de expresión, lo que informa asimismo si el uso autorizado por la excepción será gratuito o no para el beneficiario.

Esta normativa de aplicación encomendada al legislador, ha sido replicada en variadas regulaciones internacionales. Por un lado, el ADPIC, en su artículo 13 reproduce los 3 pasos, e incluso amplía su ámbito de actuación al señalar directamente a los “derechos exclusivos” de los titulares, y no restringirse al derecho de reproducción, como lo hizo en su momento el CB. Además, el artículo 9° de los ADPIC establece la remisión al CB para sus suscriptores. Por su parte, el TODA establece en su artículo 10 una remisión material al artículo 9° del CB, exigiendo los mismos 3 pasos para la consagración de cualquier limitación al derecho de autor; incluso su nota explicativa señala que a las que las nuevas excepciones y limitaciones, aplicadas al mundo digital, deben seguir los mismos criterios. Tal es la influencia de esta regulación, que incluso es reproducida por el artículo 17.7.3 del TLC suscrito con Estados Unidos el 6 de junio de 2003.

A través de la remisión a la que cada legislador se encuentra obligado mediante la ratificación de estos convenios, es que la Regla de los 3 pasos obtiene aplicación concreta, ya sea mediante las limitaciones que tienen las propias excepciones en los textos que las consagran, o actuando como

⁴⁵ Ibid. p. 100.

principio rector de su establecimiento, sirviendo conforme a los artículos 19 y siguientes del Código Civil como espíritu de la Ley expresado en su texto, y apoyando el criterio orgánico de la misma para establecer el sentido y alcance de las disposiciones que establecen excepciones al Derecho de Autor.

Es obligada pues, la revisión hecha de los tres pasos para establecer un contenido mínimo de la Parodia, a la luz del texto legal y el Convenio de Berna, toda vez que el legislador tuvo a la vista las restricciones que impone el CB y los ADPIC al momento de incorporar la excepción al catálogo de la LPI. Por ello, la consecuencia más directa es que a su vez, el operador jurídico no podrá otorgar a la excepción una extensión que sobrepase los parámetros exigidos por el CB y los ADPIC, ya que, en este caso, es conocido por nosotros que la *intención o espíritu* del legislador, en los términos del artículo 19 del Código Civil, se encontró restringida por la Regla de los 3 pasos.

11.1.3 Remuneración en la explotación por excepciones

La remuneración es un punto clave a la hora de explotar una obra protegida. El Derecho de Autor adquiere relevancia económica (y jurídica) cuando el autor puede negarse al uso de su obra, y por ende, exigir una remuneración como contraprestación cuando acuerde autorizar su explotación.

La remuneración por el uso convencional de una obra protegida no presenta mayor problemática jurídica en lo que compete a este estudio, ya que la misma es determinada por las partes, o por la ley en su silencio, la que establece mínimos razonables para su monto. Sin embargo, para el caso de un uso por excepción es necesario responder a las siguientes interrogantes: ¿La excepción es gratuita o remunerada? De ser remunerada, ¿Cómo se determina la forma de remunerar?

Como cuestión previa a responder dichas preguntas, es necesario establecer que las excepciones afectan a un modo de explotación en particular, el que debe ser identificado para poder entrar en el análisis, conforme a lo ya expuesto *supra*⁴⁶.

⁴⁶ Ver 11.1.

11.1.3.1 ¿La excepción es gratuita o remunerada?

Si en la disposición legal que la consagra, se señala que la utilización es expresamente gratuita, no merece mayor análisis. Aquí debe atenderse al texto que consagra la excepción, que puede contener un mandato expreso en este sentido, siendo el problema jurídico oportunamente resuelto por el legislador. Tal solución se encuentra en los artículos 71 B, 71 C, 71 D inciso segundo, 71 E, 71 F, 71 I, 71 J, 71 K, 71 L, 71 M, 71 N, 71 Ñ, 71 O, 71 R, y 71 S, que son consideradas según las clasificaciones de excepciones comentadas *supra*, del tipo II para RICKETSON, o libres y gratuitas. Ahora bien, el problema es planteado respecto al resto de las excepciones, en las que el legislador no ha planteado si debe o no remunerarse al autor, o ni siquiera ha hecho alusión al derecho patrimonial en específico afectado por la excepción. “En las legislaciones donde no existe una disposición expresa al respecto, rige el principio general por el cual el autor tiene el derecho exclusivo de autorizar o no las modificaciones de su obra, lo que implica, salvo pacto expreso en contrario, el pago de una remuneración. De igual manera, el que una ley permita la

parodia sin el consentimiento del autor, no implica necesariamente que dicho uso sea a título gratuito.”⁴⁷

En este sentido, la forma que ha tenido el legislador para consagrar la excepción es crucial para entender si corresponde alguna remuneración. Es clara la intención del legislador en el inciso primero del artículo 71 D en torno a permitir la reproducción de las lecciones dictadas en instituciones de educación, por parte de aquellos a quienes van dirigidas, para luego excluir expresamente la comunicación pública de las mismas, requiriendo autorización del autor de la lección para realizarla. No tendría sentido práctico e iría contra toda lógica el cobro de remuneración para la “toma de apuntes” durante lecciones, cuya realización ya ha sido, por regla general y según el sistema educacional chileno, pagadas (por el receptor de la lección o por el fisco, según corresponda), lo que enmarañaría demasiado la actividad educativa. Al hacer el claro contraste con la comunicación pública de esta reproducción, la norma establece que la reproducción es libre y gratuita, mientras que la comunicación pública debe autorizarse, y por ende, consecuentemente remunerada al autor de la lección.

Por su parte, es necesario recordar lo señalado *supra*⁴⁸ en cuanto a la forma de interpretar los preceptos que consagran excepciones. Es imperioso en este punto establecer cuál es el derecho patrimonial excepcionado, para aplicar la

⁴⁷ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Comentario de sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, recurso 654/2001. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC, 2012.

⁴⁸ Ver acápite 11.1.

regla de la gratuidad a dicha explotación, y no a otras derivadas. Ilustrativo es analizar la excepción recién descrita, en cuanto se concede por Ley la excepción sobre la reproducción de las lecciones entregadas a un público al cual va dirigido. Este público es el beneficiario de la excepción, que les permite reproducir la obra creada por el orador o profesor. La misma norma se encarga de dejar claro que esta excepción sólo abarca la reproducción, ya que el vocablo “publicar” usado en ella puede abarcar, conforme a los principios interpretativos desarrollados *supra*, de manera amplia la comunicación pública y la distribución, quedando la transformación excluida por esta misma interpretación restrictiva.

Relevante es establecer esta distinción al momento que cualquiera de los beneficiarios de la excepción intente realizar una explotación posterior a sus apuntes, cualquiera de las cuales requerirá autorización del autor, y por ende se les aplica la norma de prohibición general del uso de las obras, por la cual requerirá la autorización del autor y el consiguiente pago de remuneración que éste exija, para ser ejecutada.

Como se aprecia en el ejemplo descrito, la pregunta sobre la remuneración debe responderse atendiendo a cada una de las explotaciones que la norma autoriza o permite, siendo posible dentro de la misma norma existan dos explotaciones autorizadas, una de las cuales sea gratuita, y la otra remunerada. Así, es profundamente necesario determinar *a priori* cuáles son las

explotaciones permitidas por la norma, y si cada una de ellas está entregada de forma libre y gratuita o como licencia obligatoria al beneficiario de la misma.

11.1.4 De ser remunerada, ¿Cómo se determina la forma de remunerar?

La remuneración por regla general se deja a la voluntad de las partes, puesto que al tener el autor el derecho exclusivo de explotación de su obra, tiene siempre la posibilidad de negarse a entregar la autorización para la explotación de que se trate (y respecto a la cual es el *usuario* el interesado en realizar), por lo que la remuneración, en teoría, debiera estar regulada a favor del autor, cumpliendo así la finalidad principal del Derecho de Autor, cual es proteger las creaciones y su fomento. “Su objeto (de la Propiedad Intelectual) al fin y al cabo es la protección de la creatividad y para la conquista del mismo le es permitido valerse de las herramientas jurídicas a su alcance”.⁴⁹

Ahora bien, al ser autorizado el uso de la obra por la Ley, mediante la consagración de una excepción, el consentimiento del autor y la facultad de regular las condiciones del uso de su obra de forma previa a autorizarlo desaparecen.

Es así, como en las excepciones en las cuales no es seguro que su uso sea gratuito, esto es, aquellas contenidas en los artículos 71 P y 71 Q⁵⁰, debe estarse a al principio explicado *supra*⁵¹, para afirmar que, si el legislador no ha

⁴⁹ (Schmidt, 1998)

⁵⁰ Debemos excluir de este análisis las excepciones contenidas en el artículo 71 G y 71 H, por constituir excepciones que afectan derechos morales exclusivamente.

⁵¹ Ver apartado 10.2.3.

excluido expresamente de remuneración al derecho patrimonial limitado por la excepción, este uso debe ser remunerado. Asimismo, es necesario mantener este principio en torno a las excepciones libres y gratuitas, en el sentido de mantener su gratuidad sólo para el uso específico que regulan, y no extender esta gratuidad a otras explotaciones más allá. Interpretar la extensión de las excepciones en sentido contrario al expuesto generaría un perjuicio desproporcionado al autor y contravendría la tercera regla del artículo 9° del Convenio de Berna. Junto a ello, vulnera la segunda regla de la misma disposición, al extender los bordes del “caso especial”.

Ahora bien, la remuneración debe determinarse en un monto específico de dinero. Tal monto, al no ser fijado por las partes, debe ser determinado por un juez a la hora que éstas entren en conflicto, y será este juez, acudiendo a la Ley y los principios generales del Derecho el que decida concretamente sobre este monto. En tal sentido, la Ley contiene un parámetro de referencia dado por los derechos que el artículo 86 de la LPI declara irrenunciables, y que corresponden a los porcentajes mínimos que en todo contrato de edición⁵², y de representación⁵³ tiene el autor o artista, intérprete o ejecutante, sobre los derechos de reproducción y comunicación pública de su obra, producción o ejecución.

⁵² Regulado en el artículo 50 LPI, establece un mínimo de un 10% del valor de venta al público de cada ejemplar.

⁵³ Art. 61 y 62 LPI, que establecen un 10% del total del valor de las entradas de cada función, y el día del estreno un 15%; y sobre los derechos de radiodifusión del espectáculo, un 5% del precio de la publicidad, o un 10% de lo que reciba el empresario radiodifusor.

En tal sentido, podemos establecer como parámetro mínimo el 10% del valor de venta al público de cada ejemplar de soporte de la obra, o del valor de venta de cada entrada al espectáculo. Se aprecia por parte del legislador un criterio uniforme en esta materia, que permite abstraer una regla general y parámetro base para la remuneración, toda vez que es establecida como un mínimo irrenunciable para el autor, según se desarrollará más adelante⁵⁴.

Por su parte, en la negociación en la que el usuario de la obra protegida ofrezca el pago de remuneración por el uso vía excepciones, la base para negociar debiese ser este mínimo legal. Ahora bien, tal negociación poco tendría de negociable, toda vez que finalmente la esencia de la excepción radica en que el autor no puede negarse a autorizar la explotación, dejando el espacio al autor sólo para que acepte la “deferencia” del usuario al momento de ofrecer este pago, y sólo éste pago el autor podrá exigir. Por su parte, al usuario le interesará asegurar que su uso no le acarreará problemas jurídicos en el futuro, y de la misma forma en que opera el contrato de transacción, incentivando la realización de actividades que de otro modo provocarían daños en terceros o corrigiendo los daños producidos, estableciendo por las partes las indemnizaciones a entregar para a la parte que se vio afectada. Con la suscripción de este contrato, el usuario se asegurará que el autor no reclamará judicialmente la remuneración que ya ha sido acordada, por lo que puede proceder a la explotación de la obra de forma tranquila. La posibilidad de lograr

⁵⁴ Ver *infra*, 11.5.3.

este tipo de acuerdos es un incentivo económico a la actividad del usuario, que reduce los costos probables de la misma, y le entrega mayor legitimidad. Por ello, será útil suscribir este acuerdo para él, y acceder a una remuneración que se alce sobre el mínimo legal para lograr esta seguridad jurídica.

Por tanto, a pesar que el autor no puede negarse o impedir la utilización de su obra, sí existe un incentivo a que reciba una remuneración cercana a aquella que le confiere el mercado de explotación de su obra, mediante la seguridad jurídica que le ofrece al usuario respecto de la obra cuya utilización está autorizado por ley a realizar, pero donde la remuneración se ha dejado al arbitrio de las partes o el juez.

11.2 CAPÍTULO II: LA TRANSFORMACIÓN EN EL USO DE OBRAS

Según el artículo 5 w) de la LPI, transformación es *“todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente.”* En base a la amplitud de tal concepto, podemos afirmar que todo uso de una obra que implique una modificación o variación de cualquier especie en la forma de expresión de una obra será calificada de transformación.

Relevante es entonces conocer este uso, puesto que conforme al literal c) del artículo 18 de la LPI, sólo el titular del derecho de autor, o a quien éste haya autorizado mediante licencias, podrá *“adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción”*.

En resumen, sólo es posible transformar una obra si se tiene la titularidad del derecho de autor, o se es autorizado por el mismo. Es la consecuencia directa de que la transformación sea una forma de utilización de las obras protegidas por el derecho de autor. A continuación, analizaremos sus elementos y clasificaciones, para en la última parte de esta investigación, establecer las características que hacen de la parodia un caso especial de transformación.

11.2.1 Elementos de la transformación

La transformación implica a lo menos dos obras: una obra originaria que se modifica, y otra derivada. Contempla un autor – usuario, quien, a la vez que accede a la obra originaria, realiza un acto de creación de otra obra que si cumple los requisitos del artículo 1º de la LPI, recibirá protección del Derecho de Autor. A pesar de acceder a la obra en un momento que puede ser anterior a la creación de la obra derivada (puede haberla percibido por sus sentidos con años de anterioridad a la creación de la nueva obra), la utilización se configura por la propia creación de la obra derivada que toma elementos de la anterior. Así, la transformación se compone de un acto único de creación, en el que el autor, conociendo elementos de una obra anterior, crea una nueva en base a ella.

11.2.1.1 *Obra originaria*

La obra originaria se presenta en la transformación como aquella de la cual se extraen elementos de su forma de expresión para crear la obra derivada. La obra originaria podrá o no encontrarse protegida por el Derecho de Autor. Esto

dependerá de si se presentan en ella los elementos de *originalidad* en su forma de expresión y *temporalidad* en cuanto al plazo de protección.

En el caso que la obra no se encuentre protegida, la problemática de la transformación no se presenta en todas sus aristas, puesto que, si la obra ha perdido protección por haber expirado su plazo de protección, por renuncia expresa de su autor, o porque se trate de una obra anónima, no existe titular del derecho que pueda oponerse o autorizar cualquier utilización de la obra. En este caso, la obra derivada gozará de protección como obra nueva que es, sin que exista un vínculo jurídico (de derecho-obligación) con el titular de la obra originaria, y por su parte, el titular de la obra derivada de aquella no podrá oponerse a la realización de nuevas transformaciones de la obra originaria tampoco. Ahora bien, si la obra se encuentra protegida, nos encontramos frente al especial caso en que para la creación de la obra nueva, será necesaria la autorización o licencia (legal o voluntaria) para su realización. Este esquema posibilita prácticamente el único caso en nuestra legislación en que la *creación* de una obra puede derivar en una infracción de la Propiedad Intelectual⁵⁵, si el autor no contara con la correspondiente autorización.

Así, conforme a la protección que asiste a la obra originaria cumpliéndose los requisitos, el autor que realiza la transformación debe conseguir la

⁵⁵ La creación de una obra puede fácilmente infringir el derecho a la privacidad, e incluso configurar el delito de injuria, calumnia, o convertirse en falta a la moral y las buenas costumbres, según la normativa de ciertos países y épocas. Sin embargo, la pura creación de una obra no implica una infracción al estatuto de Derecho de Autor, sino en este caso.

autorización del titular de la obra originaria, o ampararse en una limitación al derecho patrimonial de dicho titular, para evitar cometer una infracción a través de la explotación que realiza de la obra. La creación de la obra nueva en definitiva deberá tener como antecedente una licencia que autorice la transformación, o configurar una excepción o limitación para ser legítima.

11.2.1.1.1 Importancia del elemento cuantitativo en la transformación

Por su parte, la cantidad de material que es tomado de la obra originaria en cuanto a su forma de expresión (nombres de personajes, líneas de diálogo o argumentales, compases, versos o imágenes, según el tipo de obra que se trate) no es relevante a la hora de hablar de transformación: cada vez que se tome todo o parte del material de una obra para crear una nueva a partir de la primera, habrá una modificación que implica transformación.

La única figura a distinguir a este respecto y que nos presenta un límite es la cita. Si la cantidad de material tomado de una obra anterior es tan ínfima que cumpla los parámetros de la cita, se recurrirá primero a ella para justificar la explotación. Por ende, la cita excluye a la transformación y, como se analiza a lo largo de esta investigación, consecuentemente a la parodia con su aplicación.

Ahora bien, para determinar la distancia entre la cita y la transformación a partir del material o los elementos que se incorporan a la obra nueva, es más preciso atender a un criterio *cualitativo* que uno cuantitativo, determinando la relevancia de la obra originaria o citada en la obra nueva, en cuanto a la funcionalidad de dichos elementos en la obra nueva, y la intencionalidad manifiesta del autor de la obra nueva al plasmar estos elementos en su obra, toda vez que la cita será lícita sólo dentro de su uso honrado y para el fin de crítica, ilustración, enseñanza o investigación.

Entonces, la relevancia del material tomado de la obra primigenia en la obra resultante definirá si nos encontramos ante una cita o una transformación, acompañado del fin evidente que esta incorporación tenga. En cada obra es posible distinguir aquellos elementos que le son principales y aquellos accesorios o incidentales, y mientras los elementos incorporados estén más cercanos o identificados con los primeros, la obra nueva constituirá una transformación, mientras que la incorporación sea más evidentemente accesoria, constituirá una cita. Para identificar esta accesoriad basta con realizar un ejercicio de supresión hipotética del aporte: si la obra puede sobrevivir y mantener su estructura, coherencia y esencia, el aporte será accesorio, y por ende una cita, si cumple con los elementos de finalidad de dicha excepción. Por el otro lado, si al suprimir los elementos de la obra anterior u originaria, la obra nueva pierde sentido, estructura, esencia o coherencia,

entonces el aporte será parte de los elementos principales de la obra nueva, y por tanto se tratará de una transformación.

11.2.1.2 *Obra derivada*

La obra derivada es el producto de la transformación que realiza su autor de una obra originaria anterior. Conforme al artículo 5º w) de la LPI, la transformación, al comprender todo acto de modificación, traducción, adaptación o variación de la obra, implica necesariamente la *derivación* de una obra diferente. Nos asimos al verbo *derivar* usado por la norma para graficar de manera más notoria el vínculo entre ambas obras, ya que la *diferencia* a la que alude el término no necesariamente abarca este aspecto esencial de esta obra nueva, que aunque igual de relevante, por lo expuesto *supra*⁵⁶, forma parte del concepto de derivación, a entender de este investigador. Así, la obra producto de la transformación, necesariamente, y según el texto del propio artículo 5º w, es una obra *diferente* y *derivada* de la originaria.

La obra derivada necesita diferenciarse de manera mínima pero clara a la obra originaria para ser catalogable de tal. Si fuera realizada sin esta intención de diferenciarse de la obra originaria, sería simplemente una reproducción o

⁵⁶ Al respecto, ver *supra*, 11.2.1.1.1.

comunicación pública de la obra primigenia. Por tanto, en toda transformación, existe a lo menos un elemento diferenciador dotado de la relevancia suficiente⁵⁷, que la aleja de la obra original.

Este elemento distintivo puede estar presente en cualquier aspecto relevante de su forma de expresión, ya sea por un cambio en su género, o sus elementos distintivos, evitando el riesgo de confusión con la obra original. Si la obra derivada apuntara al reemplazo de la obra original, pretendiendo la confusión, podría configurarse el ilícito de plagio, o incluso eventualmente el de manipulación de información de gestión de derechos, conforme a las normas contenidas en los artículos 78 y siguientes de la LPI.

La obra derivada si bien tiene como antecedente necesario la autorización legal o mediante licencia del titular (convencional), cuando proviene de una obra protegida, conforma en sí misma un nuevo objeto de protección del Derecho de Autor, comenzando a regir desde su creación un nuevo plazo de protección, a favor del titular, que adquiere este derecho por el sólo hecho de la creación de la nueva obra. Así pues, una vez creada, la obra derivada tiene vida propia al Derecho.

Si la obra derivada de una obra protegida anterior no contó con el antecedente de la autorización para su transformación, debiendo tenerlo, ello no afecta la validez de los derechos que nacen con la creación de la obra nueva, sin embargo, dan lugar a que el titular de la obra originaria ejerza las acciones

⁵⁷ Al respecto, ver *supra*, 11.2.1.1.1.

legales correspondientes para hacer cesar la explotación de la obra derivada que le genera perjuicio, u obtener los réditos que le hubieren correspondido de haber entregado su autorización, entre otras opciones, conforme a las reglas de los artículos 85 B y siguientes de la LPI.

11.2.2 Protección de la obra originaria y derivada

La obra originaria se rige por el orden común, estando protegida por el Derecho de autor hasta 70 años luego de la muerte del autor⁵⁸, o de la publicación si fuere obra anónima o seudónima⁵⁹. Su protección se termina en dichos plazos, y no se ve alterada en forma alguna por la creación de la obra derivada.

La obra derivada, si bien se ha señalado *supra*⁶⁰ que tiene una protección independiente a la de la obra originaria, se ve limitada en dos aspectos: el titular de la obra legítimamente creada a partir de otra no puede impedir la creación de otras obras derivadas, a menos que medie un acuerdo expreso entre ambos titulares; y por su parte, otras utilizaciones que haga el autor de la obra derivada

⁵⁸ Art. 10 LPI.

⁵⁹ Art. 13 LPI.

⁶⁰ Ver *supra*, 11.2.1.2.

que impliquen además utilización de elementos de la obra originaria, requerirán también autorización de éste.

El primer impedimento excluye al autor de la obra derivada del provecho que el autor de la obra originaria extrae de su obra, manteniendo en el ámbito de acción exclusivo del autor de la obra originaria la autorización para otras transformaciones de la obra. Ahora bien, surgen dos casos especiales que van más allá del objeto de estudio de esta investigación, pero plantean dudas que se extienden a la parodia.

El primer caso consiste en la transformación de una transformación. Al aparecer una obra que comparte elementos tanto de la obra originaria como de la derivada, siendo justamente los elementos diferenciadores de la última los que habilitarían al autor de aquella a oponerse a la divulgación de la obra.

El segundo caso consiste en la segunda transformación de una obra que está en el dominio público. En este caso, que puede presentarse con frecuencia confundido al primero, quien realice una transformación a una obra de dominio público que ya ha sido objeto de una transformación anterior, puede verse involucrado en la situación provocada por el alegato del autor de una obra derivada que acuse la concurrencia del primer caso expuesto. En este caso, el descarte de la presencia de elementos de la primera obra derivada en la

segunda transformación será clave⁶¹. De esta forma, podemos señalar que en este caso, deberán coexistir tantas obras derivadas como sean creadas, mientras extraigan elementos sólo de la obra originaria. En la situación contraria, pasaremos al primer caso.

Por su parte, conforme se desarrollará en el acápite siguiente, otras utilizaciones de la obra que no hayan sido expresamente incorporadas en la autorización de la transformación, requerirán de una autorización especial, ya que al encontrarse reguladas de manera restrictiva las autorizaciones de la utilización de obras, cada explotación que se haga de todo o parte de una obra, aunque se enmarque en el uso de una obra derivada a ésta, debe ser autorizada por su autor.

11.2.3 Divulgación de la obra derivada

Un último asunto importante que corresponde analizar, dice relación con la publicación o comunicación pública de la obra derivada. Este respecto, que por su importancia debe ser tratado de forma separada, trae efectos directos a la

⁶¹ Ver URUGUAY. Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Séptimo Turno. (2 de junio de 2014) SentenciaDFA-0008-000129/2014 SEF-0008-000077/2014 [MINISTRA REDACTORA: Dra. Ma. Cristina López Ubeda].

manera en que se entiende la extensión de esta forma de explotación de las obras, y también a la extensión que se le asignará a la excepción de parodia.

Es necesario destacar en este punto, que conforme a la garantía constitucional de libertad de creación artística consagrada en el artículo 19 N°24 de la CPR, la actividad artística de la creación propiamente tal es difícilmente evitable, o en otras palabras, ni siquiera el derecho patrimonial garantizado al autor o la cláusula de prohibición general pueden evitar la creación de una obra, y mal podrían prohibir el acto propio de creación de una obra a partir de otra, por la naturaleza difuminada e infinita de la creación artística. Así las cosas, millones de artistas alrededor del mundo pueden estar transformando obras, pero estas transformaciones sólo serán conocidas por el público y por el propio autor, una vez sean difundidas (comunicadas públicamente o distribuidas) por el autor de la obra derivada, momento en que podrá hacer efectivo su derecho patrimonial y oponerse a la explotación no consentida de la obra originaria.

Una vez que la obra derivada es creada, ésta puede tener dos destinos: ser publicada o comunicada al público o no. En el caso que sea comunicada al público o publicada, probablemente el autor reciba remuneración de dicha utilización, lo cual tendrá a la vista el autor de la obra originaria. En el caso que no sea publicada, en el ejercicio del derecho al inédito, la obra permanecerá

dentro del ámbito personal o familiar del autor, configurando en este último caso, eventualmente, la excepción del artículo 71 N de la LPI⁶².

En el caso que sea publicada, estaremos frente a la siguiente pregunta: ¿La divulgación de la obra derivada forma parte o no de la transformación como explotación de obras protegidas? Dependiendo de su respuesta, debemos también contestar: Al otorgarse la licencia o la excepción que autoriza la transformación, ¿se considera autorizada la divulgación? O también, ¿es necesaria la autorización del titular de la obra originaria para divulgar una obra derivada?

Para responder a todas estas preguntas, es necesario atender en primer lugar a los términos en que se otorgó la autorización. Si se trata de una autorización otorgada mediante un contrato de licencia voluntaria, se estará a lo pactado por las partes, entendiendo que el licenciataria se encuentra autorizado a realizar sólo las explotaciones que expresamente se les son permitidas por el titular del derecho patrimonial. En segundo lugar, podemos atender a la

⁶² *“No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin fines lucrativos.*

En estos casos no se requerirá autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna”

La configuración de esta excepción comprende 3 elementos:

- Elemento objetivo: cualquier obra o fonograma, amparando cualquier tipo de utilización que pueda considerarse comunicación pública.
- Elemento locativo: utilización sólo puede realizarse dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos
- Elemento volitivo: sin fines de lucro.

Si el autor realiza una transformación de una obra, al comunicarla a su núcleo familiar o en los contextos descritos sin fines de lucro, estará además comunicando públicamente elementos de la obra originaria, por lo que, de cumplirse los 3 elementos de esta excepción, la transformación utilizada en estos términos no puede afectar los derechos del autor de la obra originaria.

naturaleza de la utilización de la que estamos hablando. Como se ha señalado, la transformación no siempre trae aparejada una comunicación pública o publicación posterior, y de ser así, tal divulgación será una explotación directa sólo de la obra derivada, conforme a lo explicado *supra* respecto a que la obra derivada es un objeto de protección distinto e independiente de la obra originaria, y más bien una explotación indirecta o mediata de la obra originaria, al difundir los elementos que de ella se mantienen en la obra derivada. Aun así, es necesario despejar la duda referente a la cantidad de actos que componen la transformación en sí.

Como se señaló, la transformación de una obra no implica necesariamente que la obra derivada se divulgará. En base a ello, parte de la doctrina⁶³ señala que la divulgación de la obra, sea a través de una publicación o una comunicación pública, es una acción totalmente distinta al acto en sí de transformar la obra. Para ello, señalan que el fraccionamiento del derecho patrimonial y la interpretación restrictiva que debe aplicarse a la licencia evidenciarían que el legislador entiende ambos momentos como independientes y separados. De esta forma, la divulgación de la obra derivada, al contener elementos propios de la obra originaria, requeriría de una autorización particular del titular de la obra primigenia, y habría que cuidar en cada instrumento que

⁶³ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. Comentario de sentencia C-276 de la Corte Constitucional de Colombia. Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe, CERLALC, 2007. [en línea] <http://www.cerlalc.org/derechoenlinea/dar/index.php?mode=archivo&id=261> [consulta: 12/09/2016]

además de autorizar expresamente la transformación, se esté autorizando la publicación o comunicación pública de la futura obra derivada. En el caso de las excepciones que den lugar a una posible transformación, sólo esta explotación estaría autorizada, y no la divulgación de una obra con elementos de la originaria, por lo que luego de asirse en la excepción para crear su obra, el autor debería buscar la licencia del autor originario cada vez que quiera y pueda divulgar en cualquier forma su propia obra. Tal es un criterio acorde al esquema de explotación de obras mediante licencias.

Ahora bien, una segunda postura sugiere que la divulgación de la obra derivada, o la falta de la misma divulgación, vienen a formar parte intrínseca de la transformación o la explotación principal autorizada. Dicha postura puede sostenerse, por ejemplo, en el texto del artículo 71 N, que al hablar de “utilizaciones”, comprendería la transformación, siendo la comunicación o ejecución pública la finalidad de la misma. Esta forma de pensar la autorización se funda en la naturaleza misma de la utilización autorizada, lo que, si bien contradice en principio a la regla de la independencia de las explotaciones de la obra, viene a cerrar el caso difícil que la misma aplicación práctica de esta norma deja, y que consiste en la utilización compleja de la obra, que implique necesariamente dos formas de explotación. En este tipo de casos, se comprenderá que la norma de la excepción no sólo autoriza una forma principal de explotación, sino que comprende varias que contemplan el fin necesario de

la figura permitida. Tal es el caso de la parodia como se verá *infra*⁶⁴, como lo es también el caso de los artículos 71 B, 71C, 71 M, 71 N, y 71 S, en que se autorizan varias formas de explotación, ya sea de manera explícita o implícita, en base a la finalidad que busca la norma. Así, sin perjuicio del principio de independencia de las explotaciones, queda en evidencia que una norma de limitación del derecho patrimonial puede comprender la autorización de múltiples formas de explotación, incluso considerando algunas de ellas de forma implícita.

⁶⁴ Ver 11.4.1.2.2.

11.3 CAPÍTULO III: CARACTERIZACIÓN DE LA PARODIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

11.3.1 Precisión conceptual previa

Debido a que la actividad paródica forma parte de nuestras formas comunicativas más básicas y primitivas, formando parte de los códigos que incluso los infantes reconocen en la interacción humana, debemos hacer una distinción necesaria: La parodia puede ser entendida de modo laxo, o de modo estrictamente jurídico o parodia-excepción. La parodia en modo laxo comprenderá todo acto comunicativo en que se realice una *imitación burlesca* en términos de la Real Academia Española, que pueden agruparse en los verbos imitar, caricaturizar, remedar, burlar, fingir, mofar, o reír.

Ahora bien, es necesario distinguir este concepto amplio de parodia del estrictamente jurídico, o *parodia-excepción*, que viene a ser el objeto de análisis de esta tesis. La parodia-excepción es aquella actividad legitimada por el artículo 71 P de la LPI, y hasta el momento, el único elemento cierto analizable consiste en que ella es una forma de utilización de obras protegidas por el Derecho de Autor. Si así no fuera, no tendría sentido la instauración de una

excepción. Así las cosas, la parodia-excepción, o simplemente “parodia” conforma una utilización de una obra anterior, con fines paródicos.

Para evitar esta definición un tanto circular, utilizaremos como primera aproximación las definiciones de:

- FERRARA, que define a la parodia como “la transformación de una obra seria en obra burlesca, la caricatura de la obra original”⁶⁵,

- SOL MUNTAÑOLA, que señala que la parodia es “una imitación de cualquier obra, que mediante su modificación la destruye con fines críticos, utilizando generalmente formas humorísticas, para dar lugar a otra obra diferente, original, pero ineludiblemente unida al material originario”⁶⁶, e

- ÍÑIGUEZ, quien indica que “Se produce la parodia cuando la imitación consciente y voluntaria de un texto, de un personaje, de un motivo, se hace de forma irónica para poner de relieve el alejamiento del modelo y su volteo crítico.”⁶⁷

A partir de dichas definiciones, surgen los primeros elementos distintivos de la parodia, que la diferencian de figuras afines como la sátira y el pastiche. Como se analizará en los apartados siguientes, la forma de explotación que se comprende en estas figuras artísticas si bien se asemeja a la paródica, no resulta ser un ejercicio tan grave o definitivo como esta última, que contempla

⁶⁵ FERRARA, La protezione giuridica della parodia. Giur. Ital., vl. LXI, 1909, parte II, cap. 5.

⁶⁶ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 39

⁶⁷ (Íñiguez, 1993).

una utilización compleja de una obra anterior, con un resultado categóricamente distinto al de la obra primigenia.

11.3.1.1 Distinción con la sátira

Es necesario distinguir la parodia de la sátira, toda vez que el artículo 71 P las trata como figuras análogas o sinónimas. En este apartado, queremos entender que el legislador también entendió que ambos conceptos no eran sinónimos, y que sólo quiso regularlos de manera análoga.

Sátira, según la RAE, corresponde a “1. f. *Composición en verso o prosa cuyo objeto es censurar o ridiculizar a alguien o algo.* 2. f. *Discurso o dicho agudo, picante y mordaz, dirigido a censurar o ridiculizar*”⁶⁸. Conformar uno de los recursos de los que puede valerse la parodia, pero no conforma en sí necesariamente el mismo grado de utilización de obras que puede generar una parodia.

La sátira no puede identificarse con la parodia, puesto que es una herramienta o género afín pero no necesario a ella. Así, no toda parodia es satírica, ni toda sátira implica una parodia como explotación de obras, pero no son excluyentes. Etimológicamente la sátira proviene del griego “*satyr*”⁶⁹, que se refiere a seres que conforman el “cortejo dionisíaco”, acompañando al dios

⁶⁸ <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=XKu25w9>

⁶⁹ SOL MONTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 36.

Dionisos en sus variadas representaciones, principalmente utilizadas en las fiestas dionisiacas griegas. En ellas, como se ha hecho referencia, la práctica paródica en su sentido laxo dio lugar a aquella que nos ocupa hoy como parodia-excepción, por lo que no resulta extraño que ambos conceptos se hayan mantenido relacionados en el tiempo. En fin, la característica propia del *satyr* es su mestizaje entre un humano y un becerro⁷⁰, y este mestizaje es el que se le atribuye a la práctica satírica, que mezcla conceptos, ideas, modales, o cualquier característica propia del objeto de su burla, para generar un efecto cómico o crítico, a través principalmente del absurdo o el ridículo.

A partir de esta caracterización de la sátira, acorde a su historia, podemos afirmar que es una figura afín a la parodia, y una herramienta a menudo usada por los parodiadores. Sin embargo, no puede identificarse con la parodia, puesto que esta última conforma un ejercicio más complejo que el de la simple burla a través del absurdo. La parodia se identifica con la utilización de una obra y, además, el ejercicio de creación de una nueva obra, como se verá más adelante⁷¹. Por su parte, la sátira no necesita la utilización de una obra (la mera

⁷⁰ El equivalente al *satyr* en los términos descritos se encuentra en la mitología hebrea, donde existen los *sh'rlm* ("peludos"), una especie de demonio o ser sobrenatural que habita en los desiertos, y a los que se alude en el Levítico como receptores de sacrificios. En la Biblia estos seres son traducidos como demonios, aunque en la traducción inglesa del Rey Jaime se les atribuye el término "satyr" (sátiro). En la mitología árabe y musulmana estos seres son conocidos como *azzab al-akaba* (demonios peludos de los pasos de montaña). En la cultura cristiana la representación del sátiro fue asumida por el diablo, que aun actualmente suele representarse en la iconografía como una criatura con patas y cuernos de cabra. Claramente su simbología dejó de apuntar al jolgorio estival, para tener la connotación negativa que se le atribuye hasta hoy.

⁷¹ Ver *infra*, 11.3.4.1

burla de una persona o situación puede materializarse a través de la sátira sin usar obra alguna), y tampoco implica necesariamente la creación de una obra protegida nueva.

A partir de lo anterior, la sátira puede constituir una utilización o explotación de obras. Dicha explotación no puede llegar al grado de la transformación, de manera análoga a lo señalado *supra*⁷², en relación a la distinción entre la cita y la transformación, la sátira logra diferenciarse de la parodia en los parámetros relevantes para la aplicación de uno u otro límite al derecho patrimonial de autor, como lo es también en la cantidad y calidad del material utilizado, conformando así más que nada una cita de la obra original, la que puede formar parte o no de una obra nueva, lo que no es necesario para su configuración.

A estos dos conceptos o fenómenos que operan en esferas distintas el legislador les ha entregado efectos jurídicos similares: gozarán de legitimidad cuando constituyan una utilización de obras, siempre que presenten un aporte artístico diferenciador. Y ante la clara diferencia que debe realizar el operador jurídico entre sátira y parodia, no podemos sino atribuir a la norma redactada en estos términos por el legislador, el efecto de regular *dos figuras distintas*, esto es, la sátira y la parodia, atribuyéndoles la misma regulación.

En el caso de la sátira, al no implicar la creación de una obra nueva en los términos de una obra protegida por el artículo 1 de la LPI, el concepto de aporte artístico sólo puede ser considerado bajo el criterio de la “diferenciación” que

⁷² Ver *supra*, 11.2.1.1.1

logra realizar respecto a la obra original. Como se terminará desarrollando en esta investigación, el concepto de aporte artístico para la parodia implicará el ingreso de un elemento de originalidad necesario para la creación de una obra nueva que no se da en la sátira. Por ello, este aporte artístico sólo puede ser valorado por un juez en cuanto a su capacidad para diferenciar la sátira de la obra original, sin poder entregar mayores efectos o asignar mayores requisitos a dicho elemento que no ha sido suficientemente desarrollado por el legislador, y cuyo desarrollo bien puede ser parte de otra investigación.

11.3.1.2 Distinción con el pastiche

Fuera del artículo 71 P, en la regulación francesa se regula conjuntamente a la parodia con el pastiche y la caricatura, estableciendo en el artículo L122-5 del *Code de la propriété intellectuelle* que “*Lorsque l'oeuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 4° La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre*”^{73 74}.

⁷³ FRANCIA. Code de la propriété intellectuelle. Versión al 5 de junio de 2016. [en línea] https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=3844E28959B6B7748B9F82CABF9E704E.tpdila14v_3?idSectionTA=LEGISCTA000006161637&cidTexte=LEGITEXT000006069414&d ateTexte=20160627 (consulta: 14-09-2016)

⁷⁴ Una vez divulgada la obra, el autor no podrá prohibir: 4° La parodia, el pastiche y la caricatura, habida cuenta de las reglas del género.

De manera análoga a la parodia, el concepto de pastiche no ha sido completamente zanjado en la doctrina, ya sea por falta de tratamiento de la problemática o por considerar derechamente a ambos conceptos como sinónimos.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, pastiche es la *“Imitación o plagio que consiste en tomar determinados elementos característicos de la obra de un artista y combinarlos, de forma que den la impresión de ser una creación independiente”*⁷⁵.

Así, dejando de lado el elemento infractor o negativo que tiene la definición, podemos definir al pastiche como la utilización de fragmentos de varias obras de un mismo artista o género artístico, para crear una obra nueva.

El pastiche en estos términos presenta bastantes similitudes con la parodia de género, sin embargo, no se logra identificar con la parodia en tanto utilización de obras. La parodia implica transformación, mientras que dicha utilización no es necesaria en el pastiche, el que puede contener meras referencias a las obras que remeda o critica, señalando sus títulos, o reproduciendo características propias a todo su género. Así, mientras para un lego la obra presentada significará una parodia a un género o autor

⁷⁵ <http://dle.rae.es/?id=S69Pcfr>

determinados⁷⁶, de manera técnica podrá ser calificada como una mera recopilación de meras referencias, citas con fin crítico, sátira o parodia.

En nuestro país el pastiche no tiene regulación en la LPI, por lo que deberá hacerse un ejercicio de analogía para entregar al pastiche los efectos jurídicos de las figuras indicadas, dependiendo del grado de utilización que realice de la obra el autor de dicho pastiche.

⁷⁶ v.gr. CHAVARRÍA, Jesús. Deadpool una irreverente parodia sobre súper héroes. En Diario La Razón, 13 de febrero de 2016. [en línea] <http://www.razon.com.mx/spip.php?article296573> (consulta: 14-09-2016)

11.3.2 La parodia como tradición creativa

11.3.2.1 Orígenes y desarrollo de la parodia

En primer lugar, refiriéndonos a la parodia en su sentido laxo, podemos decir que estos comportamientos propios del ser humano, que comprenden el uso del paralenguaje y metalenguaje en su sentido más puro, son apreciables desde las bromas infantiles hasta las imitaciones más puras de las que son objeto toda clase de autoridad en las etapas más jóvenes de la vida: los padres, maestros y cualquier superior siempre han sido objeto de escrutinio (y si fuera posible, burla) de los supeditados. De esta forma y mediante esta actividad se genera un discurso transgresivo contra un objetivo claro, que tanto emisor como receptor comprenden y logran asentir en el análisis, cuestionando ya sea una persona o una situación en particular.

Así este juego de mensajes codificados en clave de parodia ha jugado un importante rol de cohesión social, mediante la puesta en evidencia de la realidad y a la vez funcionando como válvula de escape frente a la misma⁷⁷. En esta forma básica de entender la parodia, la comicidad o el humor forman parte central del ejercicio paródico y lo caracterizan, entregándole su esencia y

⁷⁷ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p.22.

evidencian su realización frente a cualquier tercero observador objetivo. Es por esto que la evolución histórica de las legislaciones en materia de propiedad intelectual han dado lugar a la protección de la parodia, en virtud de su relevancia social. En este sentido, *“The decision in Fisher⁷⁸ represents a progressive expansion of the “fair use” doctrine. Though it is clear that Dees will benefit financially from his parody of the Fisher song, and the parody may discourage or discredit the original authors, parodies play an important role in social and literary criticism and thus merit protection.”⁷⁹*

La historia y desarrollo de la parodia-excepción será analizada en este apartado.

Etimológicamente, parodia proviene del latín *parodiā*, y a su vez éste del griego *παρωδία*⁸⁰. Según COROMINAS, el vocablo en latín proviene de “*paraeido*”, un derivado griego de “oda”, que significaba cantar. Así, el concepto apunta a cantar otra cosa de la que se dice. La técnica específica, que da origen a la parodia-excepción, se presume proviene de la forma en que los rapsodas para llamar la atención del público, cantaban en tono de falsete o contracanto los versos de las obras que recitaban⁸¹.

⁷⁸ “*Fisher Vs Dees*, caso comentado en TOTAH, Suheil Joseph, 17 Golden Gate U.L. Rev. 57 1987.

⁷⁹ *Parody Defense*, *supra* note 24, at 1411. See Berlin v. &C. Publications, 329 EN TOTAH, Suheil Joseph, 17 Golden Gate U.L. Rev. 57 1987.

⁸⁰ *Ibid.* [en línea] <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=9lwCMBvWCDXX2WdojK1> [consulta: 24 marzo 2015]

⁸¹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 31.

Es en el contexto de las fiestas dionisiacas⁸² que se da el origen del culto a lo cómico como vía de escape a las estructuras y a las convenciones sociales. En ellas el ánimo trasgresor es tal que se vive una suerte de exceso en todo ámbito: político, laboral e incluso sexual. Y en dicho contexto es que surge una práctica constante de burla hacia personajes importantes del círculo y hacia los propios pares. La burla no se limita a sus modales, sino también a sus ideas, y es ahí donde surge el ejercicio paródico en el sentido de la parodia-excepción, porque al tomar las ideas de otros pensadores o artistas de la época para hacer burla de ellas, se están utilizando sus obras para generar un efecto cómico en una audiencia desenfadada.

En esta época, según autores como GENETTE, la parodia podía adoptar tres modalidades:

- a. Aquella que implica una mínima modificación del tema, mantiene el estilo alto o noble, pero pasa el tema a un registro vulgar;
- b. Aquella que transporta el texto a otro estilo manteniendo intacto el tema;
- c. La que toma el estilo alto para componer otro tema diferente y vulgar en el mismo estilo⁸³.

Corría el año 423 antes de Cristo y Aristófanes creaba y publicaba *Las Nubes*, comedia satírica empinada a criticar la figura de Sócrates y los sofistas en general. Representaba al filósofo sentado en una canasta entre las nubes,

⁸² PETER BERGER, Risa Redentora: La Dimensión Cómica De La Experiencia Humana. KAIROS, 1999. P46.

⁸³ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 34.

explicado en lo alto sus ideas nuevas sobre los Dioses y la filosofía (los que para el autor, corrompían la juventud ateniense), las que también fueron representadas por los discípulos del mismo Sócrates, como en la Apología de Sócrates de Platón o El Banquete, escritos más adelante.

Ya desde entonces nos encontramos con actos documentados de parodia (referidos tanto a Sócrates mismo como personaje, y a su enseñanza en cuanto literatura ya comunicada previamente⁸⁴) que han nutrido el género cómico en las diversas formas de expresión que se han desarrollado hasta el día de hoy. No se conoce con exactitud el momento histórico en que nace la parodia-excepción como tal, que puede remontarse al nacimiento del humor en sí. Sin embargo, obras como *Las Nubes*, *Los Signos que Aparecerán antes del Juicio de Berceo*⁸⁵, entre otras, nos dejan un antecedente claro respecto a que la actividad paródica de obras es bastante antigua. Tanto así, que varias obras paródicas no llegaron a nuestros tiempos, como el caso de la *Deilíada*, la Iliada de los cobardes, o la parodia más antigua conocida del mismo Aristófanes, llamada *la Batracomiomaquia*⁸⁶.

Conforme pasaron los años y fue más factible conservar los soportes de las obras literarias y musicales, el número de obras paródicas de los que tenemos noticia es mayor, e incluso han marcado épocas y tendencias. Resulta

⁸⁴ Ver *Infra* 11.3.3.2

⁸⁵ Publicado en el siglo XIII por Gonzalo de Berceo, representa una parodia de un sermón de San Jerónimo, sobre la idea de que sólo a Dios corresponde el conocimiento del día y hora del juicio final.

⁸⁶ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 32.

innegable en este sentido el carácter paródico de *El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha* de Miguel de Cervantes, y su influencia en la literatura de habla hispana hasta el día de hoy, así también llaman la atención los casos chilenos como la versión de la *Pérgola de las Flores* hecha por el programa *Japening con Ja* el año 1988, y por *31 minutos* el año 2004, programa que también publicó su versión del *Quijote* el mismo año, de marcado carácter paródico.

11.3.2.2 El Rol de la Libertad de Creación y la Libertad Expresión

Ya desde la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en su artículo 19, tenemos noticia del desarrollo de la Libertad de Expresión como derecho universal. En dicho contexto, la Libertad de Expresión y comunicación de las ideas ha sido para la mayoría de los parlamentos que han regulado específicamente la parodia, su fundamento primordial, llegando a señalarse que *“la medida en que un ordenamiento jurídico protege la libertad de expresión es un reflejo de la profundidad del compromiso de dicha sociedad con*

*la democracia*⁸⁷. Tal orden de ideas permite incluso la legitimación de formas de parodia que se condicen tangencialmente con aquella que implica una excepción de Derecho de Autor, como lo es la parodia realizada respecto a personajes públicos, respecto a los cuales el único límite es el respeto a su honra y vida privada⁸⁸.

Ahora bien, en relación a la parodia-excepción, los derechos fundamentales que entran en juego son tanto la libertad de creación y difusión de las artes, consagrada en el artículo 19 N° 25 de la CPR, como la libertad de expresión, del artículo 19 N° 12.

En este sentido, el proceso de la parodia de una obra se compone del ejercicio de ambas libertades, que a su vez se identifican y justifican cada explotación de la obra parodiada⁸⁹. Si bien la doctrina y los tratados internacionales en la materia ratificados por Chile, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 15, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 19.2, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 13, consideran que la libertad de creación está inserta como un subgénero en la libertad de expresión⁹⁰, para el desarrollo de esta investigación resulta funcionalmente útil distinguirlas como

⁸⁷ MUÑOZ LEON, Fernando. ¿Es punible la parodia a través de Twitter? En Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile. Vol. 2, Núm. 1 (2013), p.163.

⁸⁸ Loc. Cit. p. 151.

⁸⁹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 78.

⁹⁰ VIAL Solar, Tomás. *La Libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional*. En Colección Informes de Investigación, N° 19, año 6, julio 2004. Centro de Investigaciones Jurídicas. Universidad Diego Portales. Santiago, 2004. P.9

libertades autónomas, y así también lo ha entendido la doctrina especializada en derecho de autor⁹¹. De esta manera, la mera creación de la parodia, transformando la obra original, viene a ser ejercicio de la libertad de creación del artículo 19 N° 25, mientras que la difusión de la obra nueva viene a ser ejercicio tanto de la libertad de difusión de las artes del mismo art. 19 N° 25 como de la libertad de expresión del art. 19 N°12. Como se señalará *infra*, la difusión de la obra nueva forma parte necesaria del ejercicio paródico sin el cual no se concibe⁹², por lo que todas estas etapas, explotaciones y ejercicios de derechos fundamentales son indivisibles.

La naturaleza de la garantía de la libertad de creación y difusión artística consagrada en el artículo 19 N° 25 es la que permite al autor desarrollar sin impedimento legal la creación de sus obras, enarbolando dicha libertad a la par de otras que puedan ser afectadas por su obra, como aquella del numeral cuarto del mismo artículo. En el sentido que hemos tratado a la parodia hasta el momento, calificándola de parodia-excepción por ser aquella que hace uso o explotación de obras para crear una nueva, no puede sino tratarse del ejercicio legítimo de dicha garantía.

La relevancia de tratar la libertad de creación en relación a la parodia, como se esbozó en el apartado anterior, viene de calificar este ejercicio creativo de una relevancia tal como cualquier otra garantía constitucional (a saber,

⁹¹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 81.

⁹² Ver *Infra*, 11.4.1.2.2

principalmente la del numeral cuarto del artículo 19). Ello aplica sin problemas cuando el producto del ejercicio paródico sea una obra, puesto que, al tratarse de una parodia en su sentido laxo, no existe un ejercicio creativo propiamente tal mediante el cual la personalidad se exprese en una obra⁹³. Es necesario además tener en consideración el ejercicio de esta garantía, puesto que forma el primer estadio del ejercicio paródico: la transformación propiamente tal es creación de una obra nueva, desde su concepción en la intimidad del ingenio humano, hasta que es expresada en un soporte. Esta forma prístina de la ejecución de la transformación en un primer momento es antecedente previo y necesario para que la parodia exista, y no sólo por consagrar la creación artística de forma general, sino porque otorga seguridad frente al riesgo de confiscación de trabajo no publicado, o en otras palabras garantiza la prohibición de censura previa⁹⁴, dejando esta actividad humana fuera del alcance de la intervención estatal. Si bien todo ser humano posee libertad creativa para idear una obra, es necesaria esta garantía para asegurar los derechos morales en su expresión práctica: defiende al autor frente al poder estatal para confiscar y destruir su obra antes que sea difundida.

Por su parte, la libertad de expresión garantizada en el numeral 12 del artículo 19 de la carta fundamental viene a cerrar el círculo que permite el ejercicio paródico en su totalidad, que como se desarrolla *infra*, se concreta y

⁹³ SOL MUNTAÑOLA. Mario. Op. Cit. (2005) p. 78

⁹⁴ VIAL SOLAR, Tomás. Op. Cit. P.19.

completa con la difusión (comunicación pública o distribución) de la obra nueva. Esta garantía viene a asegurar la posibilidad de difusión de la obra creada, la existencia del canal de difusión, y la posibilidad real del público de acceder a la obra o “recibirla”, sin interceptaciones, interrupciones o censura por parte del Estado⁹⁵. Este derecho a comunicar y a recibir la obra es tanto o más relevante en el caso de la parodia-excepción, que viene a ser un ejercicio crítico frente a un tercero. En este sentido, el humor como herramienta de crítica social ha sido largamente reconocido por la teoría comunicativa⁹⁶, especialmente en el sentido codificador de lenguaje que resulta ser el ejercicio paródico en la forma que se desarrolla a lo largo de esta investigación.

Es necesario por su parte discernir qué ampara la libertad de expresión y qué no en relación a la parodia. La realización de una mera broma no puede justificar el accionar de esta garantía, ya que no constituiría un acto creativo o informativo, ni el ejercicio de una crítica frente a una persona a denunciar, sino sólo la denigración de una persona no justificable en términos jurídicos⁹⁷; al analizar los bienes jurídicos que se encuentran en juego, el ataque a la dignidad humana, y a la integridad psíquica de otra persona no encuentra un fin justificable en la ley u otro precepto constitucional, ya que es utilizar la obra (y

⁹⁵ VIAL SOLAR, Tomás. Op. Cit. P.21.

⁹⁶ PALMIRA MASSI, María. El humor es cosa seria. Discursos transgresores en la prensa alternativa norpatagónica. En Comunicación y medios N°18/ ISSN 0716-3991. Instituto de la Comunicación e imagen. Universidad de Chile. 2008. P. 173.

⁹⁷ SOL MONTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p.57-58.

propiedad) ajena para el sólo goce personal⁹⁸, a *contrario sensu* de lo sería un ejercicio crítico de parodia conforme a las dos libertades en comento, que al menos tiene por utilidad social la creación de debate y opinión pública. Así ha sido entendido también por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE): “... el TJUE destaca que la aplicación de la excepción por parodia establecida en la Directiva debe respetar un justo equilibrio entre, por un lado, los intereses y derechos de los autores y, por otro, la libertad de expresión del sujeto que pretenda acogerse a la excepción.”⁹⁹ Así es como la finalidad de la parodia se circunscribe a la crítica, comentario o revisión, quedando fuera de dicha finalidad el mero goce personal mediante la simple burla.

En conclusión, la parodia viene a ser primero ejercicio de la libertad de creación artística y luego de la libertad de expresión¹⁰⁰. Por tanto, “puesto que la libertad de expresión no es ilimitada, la función que desempeña la excepción por parodia consiste en encontrar un equilibrio entre los intereses artísticos, sociales y económicos”¹⁰¹. Asimismo, se fundamenta constitucionalmente en dichas libertades, siendo interesante el ejercicio de suprimir hipotéticamente la

⁹⁸ En tal sentido, el juez del caso “C mpagnie Générale des Etablissements Michelin-Michelin & Cie. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada, et al.”, señaló “*The freedom guaranteed by the Charter us a freedom to express and communicate ideas without restraint, whether orally or in print or by other means of communication. It is not a freedom to use someone else’s property to do so*”. C mpagnie Générale des Etablissements Michelin-Michelin & Cie. v. National Automobile, Aerospace, Transportation and General Workers Union of Canada, et al. 1997. 2  F.C. N . T-825-94.

⁹⁹ CORTÉS FERNÁNDEZ, Blanca. Boletín Mercantil N  18, Julio- Septiembre 2014.

¹⁰⁰ SOL MUNTA NOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 82.

¹⁰¹ (Spitz, 2005)

norma el artículo 71 P para saber si una parodia podría lisa y llanamente ampararse en estas disposiciones constitucionales para justificarse frente al autor de una obra.

En este ejercicio hipotético, la utilización de la obra ajena mediante la parodia sería impugnada mediante las acciones del artículo 85 B y siguientes de la LPI, y justificada por el parodiador mediante las normas constitucionales en comento. Si bien resulta anecdótico pensar en una argumentación en este sentido, intentando otorgar efecto horizontal a esta garantía constitucional, el argumento no resulta del todo descabellado. En una república y una democracia donde ambas libertades tienen una vigencia real, el ejercicio paródico se ve completamente justificado, sin perjuicio de las responsabilidades posteriores (como podría ser el pago de indemnización no sólo al afectado por la crítica, sino también el titular de la obra), por lo que condenar a priori a un parodiador, prohibiéndole exhibir su obra, o confiscándola previamente a su difusión constituiría por parte de los Tribunales de Justicia una vulneración a estas garantías fundamentales en el ejercicio de su cargo, siendo totalmente válida una hipotética defensa del autor parodiador en el ejercicio de las Libertades Fundamentales desarrolladas, a la luz de la creación de debate y opinión pública que genera la creación y difusión de su parodia.

Entonces la pregunta obvia viene por la justificación de la norma del artículo 71 P de la LPI. Su inclusión en dicha ley responde claramente a razones

sistémicas del Derecho de Autor, que pasarán a revisarse en el apartado siguiente.

11.3.2.3 Reconocimiento de la parodia como acto creativo por la regulación de Derecho de Autor

Conforme a lo señalado en el acápite anterior, la regulación de la parodia-excepción no puede sino estar regulada por Ley. En este caso, la LPI en su artículo 71 P introducido por la Ley 20.435 viene a proteger esta explotación de obras de larga tradición como se ha venido señalando en este capítulo, cumpliendo con lo establecido en el artículo 9 del Convenio de Berna, y el artículo 13 de los ADPIC tratados *supra*. El legislador hace uso de la reserva legal impuesta por el Tratado y la propia Constitución para establecer un límite al Derecho de Autor, y a la propia garantía del artículo 19 numerales 12 y 25 ya estudiados, mediante una norma legal que permite expresamente esta utilización.

Sin embargo, para el legislador, esta necesidad de legislar no fue siempre así de evidente. El Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con que inicia la tramitación del Boletín 5012-03, iniciando la discusión parlamentaria referente a la posterior Ley 20.435, que modifica la Ley 17.336 sobre Propiedad

Intelectual, genera el primer debate legislativo sobre el reconocimiento de las excepciones como forma de garantizar el acceso de la ciudadanía a la cultura y las artes.

Previo a aquello, las normas internacionales del Convenio de Berna, la Convención de Roma, los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor e Interpretación o ejecución y fonogramas, ya habían consagrado la existencia de excepciones al uso exclusivo de la obra por el autor. Nuestra legislación no había incorporado aún este gran acápite de derecho de autor, pese a la ratificación de los mismos tratados. Fue necesario así crear un catálogo de excepciones que respondiera a esta necesidad de *“conjuguar una adecuada protección de los derechos de autor y conexos con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto”*¹⁰².

El proyecto de ley inicial, que daría lugar a la Ley 20.435 tuvo como uno de sus objetivos principales *“El establecimiento de un adecuado marco de excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos que garanticen el acceso a bienes culturales y el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la ciudadanía”*¹⁰³, refrendado en el discurso de proclamación de la misma cuando S.E. el Presidente de la República señaló que el marco de excepciones se orientaría a *“permitir que el acceso a la cultura*

¹⁰² HL 20435, p.6.

¹⁰³ HL 20435, p.8

*y a los bienes culturales, esté abierto al conjunto de la sociedad, especialmente en materia de grupos más vulnerables o menos favorecidos*¹⁰⁴.

Sin embargo, estas declaraciones generales de principios de la reforma a la LPI no contribuyen a conocer la intención del legislador a la hora de establecer la excepción de parodia en la forma que lo hizo, sin embargo, nos entregan luces de lo rudimentario de la moción legislativa: era necesario tener un catálogo de excepciones. Tal era la base de la reforma. No se adopta un sistema ni ideología particular para tratarlas, simplemente se asume que son necesarias para fomentar el acceso cultural.

Ahora bien, la parodia no fue incluida expresamente en el proyecto original de reforma a la LPI, sino que se contó con una excepción “abierta”, que repetía la regla de los 3 pasos del convenio de Berna¹⁰⁵. El 4 de octubre de 2007 la comisión unida de Economía, Fomento y Desarrollo, y de Cultura y de las Artes emitió su primer informe insistiendo en este fin de conjugar las prerrogativas del titular con el acceso a la cultura por la población¹⁰⁶, y en el carácter “abierto” de este propuesto artículo 71 R. Tal “equilibrio” entre el interés del autor de proteger su obra y de la sociedad de acceder a ella es pregonado por la

¹⁰⁴ HL 20435, p.1078

¹⁰⁵ El texto propuesto era del siguiente tenor: “Art. 71 R. Serán admisibles excepciones distintas a las prescritas precedentemente, siempre que se circunscriban a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución y del fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.”

¹⁰⁶ HL 20435, p.51.

ministra de Educación de la época¹⁰⁷, quien además agrega que la instauración de excepciones favorece a los mismos autores, quienes recurren también a obras previas al realizar sus propias versiones, reproduciendo, adaptando (o parodiando)¹⁰⁸. Se pretende proyectar un derecho de autor futuro, que permita la “apropiación” del quehacer artístico por nuevos autores para fomentar aún mayor creación¹⁰⁹.

La norma del propuesto art. 71 R, fue calificada de “súper excepción” por la SCD, consultada por la comisión unida, la que solicitó el rechazo a su implementación por ser una norma contrasistémica¹¹⁰ (con lo que concuerdo, en base a lo estudiado sobre el uso por excepciones en el sistema de derecho de autor continental analizado *supra*), lo que ocurrió luego de la discusión en sala, en el marco del primer trámite constitucional¹¹¹.

¹⁰⁷ Ibid., p. 74.

¹⁰⁸ Ibid., p.76.

¹⁰⁹ Ibid., p. 92.

¹¹⁰ Ibid., p.123. Fernando Ubierno por la SCD: El Fair Use a la chilena va contra la tradición continental de derecho de autor.

¹¹¹ HL 20.435, p.253. Votaron por la negativa al artículo 71 R los siguientes diputados: Accorsi Opazo Enrique; Aedo Ormeño René; Allende Bussi Isabel; Álvarez-Salamanca Büchi Pedro; Ascencio Mansilla Gabriel; Barros Montero Ramón; Bauer Jouanne Eugenio; Becker Alvear Germán; Bertolino Rendic Mario; Bustos Ramírez Juan; Cardemil Herrera Alberto; Chahuán Chahuán Francisco; Delmastro Naso Roberto; Díaz Del Río Eduardo; Dittborn Cordua Julio; Encina Moriamez Francisco; Enríquez-Ominami Gumucio Marco; Espinosa Monardes Marcos; Espinoza Sandoval Fidel; Farías Ponce Ramón; Forni Lobos Marcelo; Galilea Carrillo Pablo; García García René Manuel; García-Huidobro Sanfuentes Alejandro; Girardi Briere Guido; González Torres Rodrigo; Herrera Silva Amelia; Jaramillo Becker Enrique; Leal Labrín Antonio; Lobos Krause Juan; Masferrer Pellizzari Juan; Melero Abaroa Patricio; Monckeberg Díaz Nicolás; Moreira Barros Iván; Muñoz D’Albora Adriana; Nogueira Fernández Claudia; Núñez Lozano Marco Antonio; Ojeda Uribe Sergio; Olivares Zepeda Carlos; Pascal Allende Denise; Rossi Ciocca Fulvio; Rubilar Barahona Karla; Sepúlveda Hermosilla Roberto; Silber Romo Gabriel; Soto González Laura; Súnico Galdames Raúl; Tarud Daccarett Jorge; Turres Figueroa Marisol; Ulloa Aguillón Jorge; Urrutia Bonilla Ignacio; Valcarce Becerra Ximena; Valenzuela Van

No fue sino en la discusión de la Comisión de Educación del Senado, luego del ingreso del proyecto por la Cámara de Diputados, cuando don Claudio Magliona, Director de la Asociación de Derecho e Informática de Chile, hizo la primera intervención en pos de regular la parodia en Chile. Señaló que la falta de regulación de ciertos géneros, como la parodia, podía generar situaciones de conflicto jurídico con los titulares de derechos, que podrían prohibir el desarrollo de parodias sobre sus obras¹¹².

Luego de la discusión en el Senado sobre la idea de legislar en general, se realizaron indicaciones al proyecto. Específicamente la indicación N° 29 promovida por el senador Guillermo Vásquez Ubeda, solicitó agregar un inciso nuevo al artículo 71 B del proyecto (que regulaba el actual derecho de cita), por el siguiente texto:

*“Será también lícita la sátira o parodia que constituye un aporte artístico que lo diferencia de la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.”*¹¹³

Como se puede apreciar, es prácticamente el mismo texto que encontramos en la redacción final de la Ley 20.453.

Lamentablemente, no se aprecia en la discusión posterior un debate en profundidad a su respecto, lo que apareja como consecuencia esta inmunidad

Treek Esteban; Vargas Lyng Alfonso; Vidal Lázaro Ximena; Von Mühlenbrock Zamora Gastón; Walker Prieto Patricio; Ward Edwards Felipe.

¹¹² HL 20.453, p. 320.

¹¹³ HL 20.453, p. 461

al proceso legislativo. Sin embargo, se aprecia en la discusión de la comisión unida de economía del Senado la intervención del asesor del Ministerio de Economía, señor Adán González, que sugirió regular la parodia en un artículo distinto al del derecho de cita, por la sola razón que en Derecho Comparado se regulaba de tal manera a la parodia y la sátira. Luego, el comité en su totalidad acordó eliminar el vocablo “también” de su redacción, para llegar al texto que conocemos hoy.

Por su parte, también la indicación 123 del proyecto, promovidas por los Senadores Núñez, Ominami, Naranjo y Navarro, propuso incluir la excepción de parodia, pero como un presupuesto legal del uso justo que se pretendía regular, que contemplaba además de las limitaciones expresas, agregar una norma que repetía el artículo 9° del Convenio de Berna. A su vez, la indicación 124 del Senador Bianchi promovió un artículo independiente para la parodia, del siguiente tenor:

“Artículo...Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la utilización de una obra divulgada, con el propósito de parodia, caricatura, pastiche o crítica, siempre que la utilización no implique riesgo de confusión con la obra protegida y se trate de un uso justo.”¹¹⁴

Cabe señalar que esta norma se sustentaba en la regulación de “uso justo” o “excepción abierta” que se señaló más arriba. Contando con dicho concepto, se esbozaron las características y requisitos que debía cumplir la parodia para

¹¹⁴ HL 20.435, p. 474

esta moción. En primer lugar, la parodia se estableció como una excepción de claro uso libre y gratuito, regulada como una aplicación del “uso justo” del Convenio de Berna ya supuestamente trasladado a nuestra legislación. Luego, sus requisitos de procedencia extraíbles de su solo texto serían:

- a. La obra originaria debe estar publicada;
- b. La utilización debe seguir un propósito de parodia, caricatura, pastiche o crítica, calificados por el sentenciador o las partes;
- c. La utilización no debe implicar un riesgo de confusión con la obra originaria; y
- d. Debe tratarse de un uso justo, conforme al artículo 9° del Convenio de Berna trasladado a nuestra legislación nacional según el proyecto en trámite.

Si bien dicha moción no logró ser aprobada por la Comisión Unida de Economía y Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología, llaman la atención los elementos que no fueron incluidos en la indicación que sí fue aprobada, relativos al elemento subjetivo de la parodia, la necesidad de publicación de la obra originaria, y la inclusión de la caricatura¹¹⁵, el pastiche¹¹⁶ y la crítica¹¹⁷

¹¹⁵ La Caricatura ha sido tratada mayormente como una variante gráfica de la parodia. Según CÁMARA AGUILA, “La parodia es a la obra lo que la caricatura es a la imagen de una persona y es un límite a la protección del derecho a la propia imagen basado en la libertad de expresión y crítica en el seno de un debate social.” CÁMARA AGUILA, María del Pilar. El concepto de parodia en Derecho comunitario. La sentencia del Tribunal de Justicia UE de 3 de septiembre de 2014. En Estudios sobre la ley de propiedad intelectual: últimas reformas y materias pendientes / coord. por Juan Pablo Aparicio Vaquero, 2016, ISBN 978-84-9085-771-7, págs. 109-120.

dentro de la misma norma. Lamentablemente, el debate de esta indicación sólo se limitó a determinar la ubicación donde se encontraba regulada la parodia, intentando agruparla con otras limitaciones que tuvieran su justificación cercana a la libertad de expresión. En este contexto, se encuentra la sugerencia de la Secretaría General de la Presidencia en el siguiente tenor:

“Artículo ... - Es lícito el uso incidental y excepcional de una obra protegida con el propósito de crítica, comentario, parodia, 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.”

Con esta moción se pretendió regular la parodia dentro del esquema del uso incidental basado, erróneamente, en el *fair use* norteamericano, e incluso incorpora la investigación, lo que revela la intención de regular y dejar establecido el uso incidental con un ámbito amplio de aplicación, más que consagrar una excepción de parodia en particular. Pese a tal error conceptual, tanto la ADI, la SCD y la IFPI se manifestaron de acuerdo a la redacción de este

Cabe hacer presente que conforme a la indicación 123 en comento, el artículo 71 Q contempló la caricatura como excepción, junto a la parodia, la sátira y el pastiche. Luego de ser retiradas dichas formas de explotación, y tener la parodia y la sátira un artículo propio, la caricatura siguió subsumida en el uso incidental, lo cual no se condice con la intención de regular las excepciones basadas en la libertad de expresión de manera conjunta, declarada por variados actores durante el trámite legislativo de la parodia.

¹¹⁶ Ver distinción *supra*, 11.3.1.2.

¹¹⁷ El propósito de crítica, generalmente entendida como el análisis y valoración razonada de textos literarios (RAE, Diccionario de la lengua española [en línea] <http://dle.rae.es/?id=BKFoPJO> (consulta: 15-09-2016), se regula en derecho comparado en base al derecho de cita del CB, nemotecnia que replican principalmente los países de tradición continental, como lo hace el artículo 71 B chileno.

concepto de uso incidental, y el artículo sólo se vio modificado cuando el Senador Núñez hizo presente que tanto la parodia como la sátira habían sido ya reguladas según la indicación N° 29 ya refrendada, por lo que fueron eliminadas, pasando así a una segunda revisión de la Comisión el uso incidental sin dichos usos.

Así, como se señaló *supra*, la parodia no presenta en la historia de la Ley un desarrollo conceptual, ni tampoco una determinación consciente de su alcance por parte de quienes promovieron su regulación. Si bien, como apunta VIAL SOLAR, no es recomendable extraer la intención del legislador de los dichos de un parlamentario en la discusión¹¹⁸, dicha intención puede ser conocida de manera ideal o abstracta, identificando el contexto histórico y el devenir de la discusión parlamentaria, si es que la hubo, para finalmente esquematizar al legislador como un ente racional, que crea normas con el fin que tengan efectos.

Así, del examen histórico de la parodia como práctica social y como parodia-excepción, podemos hacer las siguientes apreciaciones:

- a. En la discusión legislativa no hubo desacuerdo respecto al concepto de parodia.
- b. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador quiso regular la parodia como excepción, distinguiéndola de figuras afines como la sátira, regulada en el

¹¹⁸ VIAL SOLAR, Tomás. Op. Cit. P. 13.

mismo artículo 71 P, y la caricatura, y la crítica, reguladas a propósito del uso incidental del artículo 71 Q.

- c. Si en la discusión no se trató el concepto jurídico de parodia, es porque todos los intervinientes manejaban un concepto afín de la misma, el que podemos identificar con el de parodia en sentido laxo. Por ello, sólo podrían estar tratando a la parodia en su concepción como fenómeno social.
- d. Como este concepto resulta relevante para el derecho de autor cuando se trata de la utilización de obras, debe atenderse a los elementos que tiene la parodia como fenómeno social para definir el concepto de parodia-excepción limitándolos a la explotación de obras.
- e. Luego de lo anterior, deben analizarse los requisitos de legitimidad que impone el art. 71 P para lograr una mayor especificidad del concepto.

11.3.2.4 Conceptualización de la parodia en sentido laxo

De esta forma, y para continuar con el análisis de la parodia-excepción y sus elementos, es necesario recapitular y concentrar en este apartado a qué corresponde este concepto laxo de parodia, el cual necesariamente fue tenido en cuenta por el legislador al crear la norma del artículo 71 P de la LPI, al no existir un desarrollo jurídico del concepto de parodia a la fecha de la discusión.

La parodia como concepto laxo, de extendida utilización y acorde al desarrollo comunicativo humano, se presenta bastante cercana al concepto entregado por la RAE analizado al comienzo de esta investigación, correspondiente a una *imitación burlesca*. En tal sentido, pretende realizar la exposición de un concepto, idea, cosa, situación o persona, la cual se critica a través del humor u otra herramienta, para lograr un consenso con un espectador.

Así, la parodia se configura como un acto comunicativo, y no una mera idealización de una situación externa al fuero interno del parodiador. El parodiador necesita comunicar la crítica que realiza a una situación externa a un tercero que recibe este mensaje y lo decodifica. El mensaje, codificado en clave de parodia, contiene esta crítica a un elemento externo a las dos partes de la relación comunicativa.

Debido a ello, la parodia no siempre recurrirá al elemento humorístico, pero sí implicará necesariamente una crítica a un elemento ajeno a las partes que la comparten. “Aunque el *ethos* paródico marcado como respetuoso, se parece más a un homenaje que a un ataque, hay siempre esa distancia crítica y esa marca de diferenciación que existen también en el *ethos* marcado como peyorativo.”¹¹⁹. La burla es la forma más básica de crítica que se conoce, porque el humor no sólo suaviza el mensaje, sino que conforma un lenguaje que codifica el contenido de la crítica para hacerlo entendible por el receptor y sólo por él¹²⁰. Por su parte, la crítica es un elemento común en todo ejercicio paródico, desde el más básico, hasta la obra paródica más elaborada. La parodia no es sólo hacer humor a costa de una persona o situación, no es un chiste. Es ejercer una crítica, la que puede o no valerse de la herramienta del humor para llegar a su receptor. La crítica corresponde en este caso a evidenciar una cualidad negativa de algo o alguien frente al receptor de la comunicación, lo que resulta acorde con la definición que mantiene la RAE en

¹¹⁹ Hutcheon, L. (1992). Ironía, sátira, parodia. Una aproximación pragmática a la ironía. *De la ironía a lo grotesco*, 173-193.

¹²⁰ Por ello es que la mera broma no es parte de este supuesto, con la respectiva consecuencia que no todo chiste o humorada se puede amparar en la excepción bajo el concepto de parodia. Al respecto, según lo señalado *supra*, el ejercicio de un acto meramente humorístico no se justificaría en nuestro derecho, a partir de un ejercicio legítimo de libertad de expresión. Al respecto, ver SOL MUNTAÑOLA, Mario. El Caso “De Wilde Weldoener”: una oportunidad perdida para clarificar la excepción de parodia. Comentario a la STJUE de 3 de septiembre de 2014. En Boletín Informativo, abril 2015, IIDA. P. 12

su diccionario: “*Juicio expresado, generalmente de manera pública, sobre un espectáculo, una obra artística, etc.*”¹²¹

Ahora bien, según autores como SOL MUNTAÑOLA, la parodia sólo puede tener por objetivo final una persona, independientemente de los recursos utilizados, y los objetivos intermedios¹²². Al criticar a una obra se está criticando a su autor, al criticar a un personaje, se critica a la persona que lo interpreta, o a la persona en la cual este personaje está basado. Al criticar un género literario se está criticando a los autores de dicha corriente. En el *quid* de la crítica paródica se encontraría siempre una crítica a una persona, ejerciéndose un juicio de valor sobre la misma, relativo a sus modales, ideales, obras, etc., que el parodista presenta como elementos negativos de la misma, en lenguaje de parodia, que puede o no presentar un tono humorístico, de manera que comunica este juicio de valor a un tercero que recibe este mensaje.

La parodia, de esta forma, no puede darse en un contexto aislado. Requiere a lo menos 3 intervinientes. Un sujeto parodiador, que realice el acto propiamente tal de imitar de forma burlesca, un receptor de la comunicación y un sujeto afectado por la parodia. Por ello, de la parodia en sentido laxo, puede obtenerse un concepto de acto comunicativo medianamente complejo que presenta los siguientes elementos:

¹²¹ RAE, Diccionario de la Lengua Española. [en línea] <http://dle.rae.es/?id=BKJHGzW> [consulta: 09-07-2016]

¹²² SOL MUNTAÑOLA. Mario. Op. Cit. (2005) p. 40.

- a. Una dramatización o emulación de la persona objeto de la parodia, que realza las características que se pretenden criticar;
- b. Descontextualización del personaje o escena emulados respecto a las características de su contexto original;
- c. Un lenguaje que codifica el contenido del mensaje para que sea recibido por un espectador particular. Generalmente a través del humor se logra dicha codificación.

Con estos elementos primigenios podremos configurar un concepto de parodia-excepción más preciso.

11.3.3 Clasificaciones de la Parodia

De manera conceptual, podemos clasificar la parodia en atención a su técnica, en relación a su objeto, en aquella que se orienta a un género literario, a una obra musical, a uno de los personajes de una obra concreta, de obras de artes plásticas, de creaciones publicitarias, de obras cinematográficas o televisivas, de intérpretes, artistas y ejecutantes, y en cuanto a su objetivo, la parodia objeto o “target”, y medio o “weapon”¹²³.

¹²³ Las clasificaciones desarrolladas en el acápite 11.3.3.2. y 11.3.3.3. han sido desarrolladas en PÉREZ BES, Francisco. Aproximación a la figura de la parodia en el derecho de la propiedad

11.3.3.1 *Atendiendo a su técnica*

Quien realiza la utilización no es ajeno al resultado del ejercicio paródico. Si la parodia en cuanto utilización es realizada por un autor, un intérprete, o una persona que no intenta crear una obra, en los términos de la LPI.

En el caso que el utilizador de la obra sea o se transforme por dicho acto en **otro autor o artista**, que pretenda crear una obra intelectual en los términos del artículo 3º de la LPI, se producirá una utilización análoga a la transformación analizada *supra*, en la que el producto de la utilización corresponde a otra obra objeto de protección por el Derecho de Autor. La parodia en este caso, cumpliría con mayor probabilidad el requisito del artículo 71 P, en cuanto a contemplar un aporte artístico diferenciador, y daría como producto otra obra protegida. Al modificar su género, o tomar sus elementos diferenciadores esenciales, la parodia crea otra obra nueva a partir de la originaria, buscando un efecto humorístico o crítico que puede apuntar a cualquiera de los objetos que se desarrollan *infra*, usando como recurso la obra originaria, y el aporte original del parodiador.

intelectual. En El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Coordinadores: Macías Castillo, Agustín, y Hernández Robledo, Miguel Ángel. 1a. ed. La Ley, Madrid, 2008. P.372 y ss.

En el caso que el parodiador sea, o se transforme por su parodia, en un **intérprete o ejecutante**, su interpretación o ejecución conforme al artículo 65 de la LPI generará derechos conexos que necesitan de un aporte artístico que lo diferenciarían de la interpretación originaria. En este sentido, resulta relevante distinguir si la interpretación-parodia tiene como objeto otra interpretación, o la obra de la que proviene, y si dicha distinción tiene algún efecto práctico.

Al respecto, es necesario concordar el texto del artículo 71 P con el artículo 71 A de la LPI, que señala que las limitaciones y excepciones del Título III se aplicarán tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos, siendo la comunicación al público de la interpretación originaria aquel derecho exclusivo del intérprete o ejecutante que se vería limitado por esta disposición, conforme a la lista del artículo 66 de la LPI (siempre habrá una comunicación pública al menos de un fragmento de la interpretación, ya que la parodia debe hacer referencia a algún elemento distintivo de la interpretación original para lograr el efecto paródico, según se desarrollará *infra*). Así, cabe la parodia que tiene como origen una interpretación, y es a su vez otra interpretación, o incluso una obra nueva.

Finalmente, cabe atender al caso en que el utilizador de la obra no pretenda crear una obra o interpretación nuevas, o simplemente no lo haga, utilizando procedimientos mecánicos, o sin aportar un elemento de originalidad propio como se verá *infra*. En este caso el usuario puede utilizar la obra o derecho

conexo para lograr algún modo de discurso humorístico. Variados son los géneros cómicos, siendo la parodia sólo uno de ellos. Durante los más variados espectáculos y expresiones humorísticas, puede hacerse referencia a una obra o derecho conexo con el objeto de hacer reír o plantear una crítica. ¿Por esa sola intención debe entenderse constituida una parodia? Por supuesto que no. No todo chiste es gracioso, y no toda referencia graciosa a una obra será una parodia.

Es del caso que estas referencias de cualquier tipo que se hagan sin el ánimo evidente de parodiar ni la concurrencia de sus elementos no pueden ser amparadas por la excepción del artículo 71 P. Ahora bien, para responder a cuál sería su calificación jurídica, es necesario recurrir al derecho de cita del artículo 71 B¹²⁴, para analizar si la utilización cumpliría con los parámetros exigidos para la concurrencia de la excepción.

11.3.3.2 Atendiendo a su objeto y forma de expresión

¹²⁴ Artículo 71 B. Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos breves de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgada, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor.

En primer lugar, corresponde referirnos a la parodia que se orienta a un **género literario**, como aquella que tiene su foco en un estilo o género especial, tomando elementos comunes y distintivos de todos sus exponentes, como lo hizo de manera reciente la película “*Zombieland*” con claras referencias a la narrativa y dirección cliché de la mayoría de las películas del género de ciencia ficción post apocalíptica, en especial de zombies, de gran auge en las dos primeras décadas del siglo XXI. Si bien ha sido calificada ya anteriormente, y de manera magistral, este tipo de parodia fue inaugurado por “*El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha*”, en el cual apunta al género de las novelas de caballería. En este tipo de parodia no es identificable la obra en particular que se utiliza para realizar la obra derivada, sino que se aprecian elementos de variadas obras que pueden o no llegar a ser identificables de manera medianamente evidente en la obra resultante.

También se ha destacado por la doctrina el caso de la parodia a una **obra musical**, debido a la pluralidad de disciplinas que convergen en la autoría de una canción comúnmente parodiable, esto es, que tenga letra y melodía. En la creación de una canción en este sentido, puede participar una o más personas, dándose el caso de coautoría o de una obra en participación, en la que el aporte pueda distinguirse respecto a quien desarrolle la letra o quien la melodía. Incluso es recurrente el caso de la adaptación de poemas a canción, por la agregación de la melodía a la obra original. Así pues, difícilmente una parodia involucrará la modificación de la estructura melódica de una canción, sino más

bien, supondrá la mantención de su ritmo y melodía, para pasar a modificar la letra de la misma, con la intención de generar la parodia, sátira o pastiche, dirigido al objetivo que su autor tenga en mente¹²⁵, de manera que la parodia siga identificándose con la obra original, y el juego del parodiador funcione¹²⁶. Esta modificación de la obra podría constituir una infracción a la LPI en tanto la canción fuere producto de una obra en colaboración, sin embargo, este caso será tanto más difícil que se de en cuanto la explotación normal de este tipo de obras se concibe casi exclusivamente de manera conjunta o íntegra. En el caso que sólo se modificara el género musical de la obra, como los múltiples casos en que se adapta una obra de rock o pop al género de cumbia, como ocurre en Argentina con el movimiento de cumbia “cheta” o cumbia pop¹²⁷, parece más complicado calificar la explotación como parodia, ya que el elemento subjetivo¹²⁸ se hace mucho menos evidente, presentando serios problemas de calificación en torno al ánimo paródico del adaptador.

La parodia puede apuntar a **uno de los personajes** de una obra en particular, siendo utilizado al descontextualizarlo, tomando sus elementos definidores (para que sea reconocido por el público al que va dirigida) y aplicándolos a otra trama o realidad. Múltiples son los casos de utilización de

¹²⁵ En tal sentido, ver *infra*, párrafo 11.3.3.3.

¹²⁶ PÉREZ BES, Francisco. Op. Cit., p.373.

¹²⁷ Al respecto, ver DE LOS REYES, Ignacio. Cumbia cheta: el ritmo tropical que ahora baila la clase alta en Argentina. En BBC Mundo Argentina [en línea] http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/01/151221_argentina_cumbia_cheta_pop_agapornis_i [consulta: 22-3-16]

¹²⁸ Ver *infra*, 11.3.4.2.

personajes en contextos de libertinaje, de manera de lograr un efecto humorístico, con el sólo sinsentido de esta realidad paralela. Personajes infantiles han sido históricamente objeto preferido de estas utilizaciones, desarrollándose incluso programas de televisión basados en dichos personajes, como *Drawn Together* (La Casa de los Dibujos), serie animada de televisión que desarrollaba un *reality show* ficticio con el formato de shows como *Big Brother* y *The Real World* en el que personajes de diversos géneros de caricatura y videojuegos son colocados en este formato¹²⁹, con historias totalmente alejadas de aquellas que les dieron origen, generando en este sinsentido el efecto humorístico evidente.

En cuanto a la parodia de **obras de artes plásticas**, masificada por el fenómeno de los “memes” de internet, se aprecia una transformación de la obra que puede involucrar la intervención de su propia forma de expresión, modificando su color, su composición, añadiendo o quitando elementos, hasta simplemente agregarle un contexto o trasfondo diferente a aquel que pretendía comunicar la obra original¹³⁰.

Respecto a la parodia de **creaciones publicitarias**, ésta tiene implicancias en la regulación de publicidad y competencia desleal, y puede generar responsabilidad al autor por el contenido difamatorio contra la competencia que

¹²⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/La_casa_de_los_dibujos [consulta: 22-3-16]

¹³⁰ Famosa es a nivel mundial en este sentido, el perfil de imgur.com “*Untold adventures of George Washington*”, que revela variados retratos y pinturas históricas del héroe norteamericano, con diálogos sacados de contexto, o que hacen referencia a la cultura pop actual. Ver en [en línea] <http://imgur.com/gallery/yA11A> [consulta: 22-3-16]

puede contener. Sin embargo, dentro del marco del Derecho de Autor, la parodia de una obra publicitaria, la que a su vez puede ser literaria, audiovisual, musical, o plástica, cumplirá con los elementos requeridos por el artículo 71 P en cuanto cumpla los elementos internos y externos de la misma, pero claramente sus elementos humorísticos o de crítica serán moderados por la regulación publicitaria existente en el país, en cuanto a la agresividad o explicitud a la que puede llegar la parodia, y el efecto anti comercializador de la misma¹³¹.

Ahora bien, la parodia de obras cinematográficas o televisivas tienen la particularidad que deben encontrar un elemento diferenciador potente, que las diferencie de manera clara con la obra parodiada. PEREZ BES señala que pueden existir elementos cuantitativos de similitud como elementos cualitativos de similitud, los que deben ser ponderados por el juez a la hora de determinar que la parodia no se encuentra en el terreno del plagio. A pesar de aquello, esta clase de parodia, al igual que la anterior, no presenta mayores particularidades respecto a cualquier parodia, más que por el tipo de obra que se está utilizando.

Finalmente, la parodia que se enfoca en los **intérpretes, artistas y ejecutantes**, pone énfasis en la forma de su interpretación o ejecución, más que en la forma de expresión de la obra, centrándose en la persona que la interpreta o ejecuta. Viene a tocar el Derecho Conexa, dando lugar a las

¹³¹ Al efecto, véase RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo. Lo que Barbie no supo: reflexiones sobre las parodias de marcas. En Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Año VIII – N° 8. Lima, 2012.

“imitaciones” humorísticas que se han hecho bastante populares, como las realizadas por el comediante Stefan Kramer¹³², o la cantante norteamericana Ariana Grande¹³³. En ellas, el acento del efecto paródico o humorístico viene dado por las muletillas, forma de pronunciación, dicción o defectos que tenga la persona del intérprete o ejecutante, las que son acentuadas para lograr identificar la parodia con su objeto, pero sin llegar a confundirse. En este caso el riesgo de confusión es menor, en tanto al hacer alarde de las características de la interpretación o ejecución del objeto de la parodia, el parodiador se aleja de la obra o interpretación originaria. El problema jurídico comúnmente no estará radicado en la similitud de la parodia con la obra originaria, sino en el ejercicio abusivo o no de la parodia, lo que finalmente generará problemas que atañen a otras ramas del Derecho fuera de la Propiedad Intelectual, como el derecho a la imagen o a la honra de a persona¹³⁴.

11.3.3.3 *Atendiendo a su objetivo*

¹³² www.stefankramer.cl [consulta: 23-03-2016]

¹³³ <https://www.youtube.com/watch?v=ss9ygQggL2Q> [consulta: 15-10-2016]

¹³⁴ Al efecto, véase MUÑOZ LEON, Fernando. ¿Es punible la parodia a través de Twitter? En Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile. Vol. 2 Núm. 1. Santiago, 2013. p. 156 y ss.

Según el objetivo del contenido crítico de la parodia, ésta puede ser calificada de parodia *objeto* o “*target*”, o parodia *medio* o “*weapon*”. Para ser calificada en una u otra categoría, debe realizarse un ejercicio interpretativo del contenido de la parodia, más que de su forma de expresión. Es necesario desentrañar la intención del autor al realizar la parodia analizando los elementos evidentes de la misma, para conocer hacia dónde está dirigida.

La parodia objeto o “target”, es la parodia en sentido estricto, aquella que apunta su contenido crítico hacia la obra originaria o parodiada, haciendo crítica o humor de la propia obra parodiada dentro del propio mensaje que emite la parodia.

Por su parte, la parodia medio o “weapon”, es aquella que utiliza la obra originaria para dirigir su contenido crítico a cualquier elemento ajeno a la obra primigenia. En este caso, PEREZ BES afirma que “*esta actuación excedería de la protección que nuestro ordenamiento debe dar a la libertad de expresión y crítica, llegándose a un supuesto de aprovechamiento del esfuerzo ajeno*”¹³⁵, ello en base a la regulación española. Sin embargo, al trasladarse a la LPI chilena, no aparece este motivo de deslegitimación de la parodia que el autor puede apreciar en la regulación española, y mientras no sea exigido por la norma para ser una parodia amparada en la excepción, la verdad es que no puede ser considerada una vía de exclusión de la legitimación de la excepción.

¹³⁵ PEREZ BES. Op. Cit. p. 381

Es de uso bastante extendido en nuestra cultura que el empleo de ciertos lugares comunes para lograr efectos humorísticos, que forman parte de rutinas, *café concert* y *stand up comedy*. Dentro de estos lugares comunes, se encuentran obras de cierta difusión en nuestro medio, que con el tiempo se transforman en lugares comunes, y eventualmente son usadas para retratar o atacar una situación externa a la obra misma. Conocidos a esta fecha son los videos realizados por el portal “Nano”, que a través de redes sociales pone a disposición diversas obras audiovisuales, que tomando fragmentos o elementos visuales de obras cinematográficas de corte serio, son transformadas para entregar un mensaje totalmente fuera del contexto de las mismas¹³⁶, apuntando a temas de relevancia nacional, como los casos de colusión empresarial.

En estos casos en que el foco de la risa y la crítica deja de ser la obra misma, siéndolo una persona, obra o situación externa a ella, el Derecho de Autor no se encuentra una razón que amerite su deslegitimación como excepción.

En el caso de la parodia *target* nos encontramos con una limitación del derecho de transformación que atenta contra la integridad de la obra, con claro peligro de disminuir el valor comercial de la obra originaria, y desprestigiar a su autor. Su consagración como Excepción viene a evidenciar el juego de ponderación de intereses que hace el legislador *a priori*, poniendo la Libertad de

¹³⁶ Ver “Colusión”, por NANO. [en línea] <https://www.facebook.com/797730803597284/videos/913815025322194/> [consulta: 23-03-2016]

Expresión como un bien jurídico protegido de tanta o mayor envergadura que la Propiedad Intelectual, y que los derechos morales y patrimoniales que son afectados por la parodia. En el caso que la parodia apunte a un elemento fuera de la obra originaria, esta colisión de intereses protegidos por el estatuto de Derecho de Autor no se produce, y al menos en lo que respecta a esta área del Derecho enmarcada en el Derecho Privado, no se vislumbra una razón de suficiente potencia para impedir el desarrollo de la parodia en este sentido. Si el contenido de la parodia resulta difamatorio o pernicioso, entran a operar las reglas de protección a la honra y la vida privada, y aquellas sobre responsabilidad extracontractual. El Derecho de Autor ya no puede entrometerse, puesto que sólo interesa saber si el autor de la parodia *weapon* necesitará la autorización del autor de la obra originaria para realizarla y mofarse de un tercero o criticarlo. La rotunda respuesta debiese ser un no. Esto, a la luz del Derecho de Autor chileno y lo desarrollado a través de esta investigación, sigue siendo una parodia en todos sus elementos definidores.

11.3.4 Análisis de los elementos de la parodia a la luz del artículo 71 P de la Ley

17.336

Es necesario ya a esta altura de la investigación, analizar los elementos que componen la excepción de parodia conforme al artículo 71 P de la LPI vigente. Dicha norma, repetidamente citada a lo largo de esta investigación, revela ciertos elementos que el legislador asume que presenta todo ejercicio paródico, e impone requisitos para legitimar la utilización. De esta exégesis, se obtendrán los elementos mínimos de la parodia para ser calificada de tal por un observador externo objetivo. Al agregar a estos antecedentes todos aquellos recopilados *supra*, el concepto de parodia que esta investigación pretende entregar se hace más certero.

Los elementos a analizar se evidencian en la propia obra paródica derivada, por lo que no es necesario recurrir a circunstancias ajenas a la utilización o la obra nueva propiamente tal para ser estudiados.

11.3.4.1 *Elementos objetivos*

Tal como se dijo *supra*, no todo chiste es gracioso, y no toda referencia graciosa a una obra es parodia. A esto debe añadirse que no toda obra puede ser parodiada, y a su vez, no toda utilización en este sentido debe ser protegida por la excepción de parodia.

11.3.4.1.1 Utilización de una obra: transformación.

En primer lugar, y aunque parezca evidente, la parodia debe hacer referencia a una obra, constituyendo una utilización o explotación de la misma. El concepto de parodia es ampliamente utilizado para referirse, según se señaló, a toda *imitación burlesca*, concepto acuñado por la RAE, el que ha sido identificado como parodia en *sentido laxo*. Ahora bien, el objeto de cualquier imitación no es sólo una obra producto del intelecto, lo puede ser también una interpretación, o caracterización de una obra. Pero también puede ser objeto de una imitación burlesca una persona, un animal, e incluso un objeto inerte cualquiera, y al realizarse esta imitación, no se está haciendo utilización de obra preexistente alguna, sino que sólo se podría estar creando una obra nueva, a partir de elementos de nuestra realidad. Claro está que no podemos estar obligados a soportar todo tipo de mofas hacia nuestra persona, por lo que nuestro ordenamiento jurídico entrega herramientas para ejercer esta oposición¹³⁷. Sin embargo, tales herramientas escapan al ámbito de aplicación del Derecho de Autor.

¹³⁷ Al efecto, véase MUÑOZ LEON, Fernando. ¿Es punible la parodia a través de Twitter? En Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios en Derecho Informático, Universidad de Chile. Vol. 2 Núm. 1. Santiago, 2013. p. 156 y ss.

La utilización de una obra además viene a ser el supuesto base que justifica que la figura deba regularse como excepción. Si así no fuera, la parodia necesitaría de licencia para realizarse. En efecto, en la regulación argentina la parodia se concibe sólo previa autorización o licencia del autor de la obra parodiada¹³⁸, otorgando al parodiador derechos de coautor. En consecuencia, el parodiador en Argentina no sólo debe solicitar la licencia para parodiar, sino que su obra se considerará una obra en colaboración y deberá repartir los réditos que su derecho patrimonial provea con el autor de la obra parodiada.

Así, queda de manifiesto que la parodia implica la utilización de una obra, en los términos de una transformación.

Tal como se señaló *supra*¹³⁹, la transformación se diferencia de la cita en la cantidad y relevancia del material obtenido de la obra originaria, que en el caso de la primera presenta tal entidad que justifica la solicitud de autorización al autor de la obra originaria, y da lugar a una nueva forma de expresión que se basa en una anterior, y no usa sus elementos de forma accidental o ilustrativa, sino como material de base.

En el caso de la parodia, estamos también frente a una transformación. No es una mera referencia a la obra originaria, ya que la parodia necesita mantener

¹³⁸ ARGENTINA. Congreso Argentino. Ley N° 11.723 de 28 de septiembre de 1933 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual (Ley sobre el Derecho de Autor, modificada por última vez por la Ley N° 26.570 de 25 de noviembre de 2009). **Art. 25.** — El que adapte, transporte, modifique o parodie una obra con la autorización del autor, tiene sobre su adaptación, transporte, modificación o parodia, el derecho de coautor, salvo convenio en contrario.

¹³⁹ Ver *supra*, 11.2.1.1.1.

elementos de la forma de expresión de la obra originaria, para que el receptor de la obra nueva logre identificar la obra parodiada e identifique el ejercicio crítico¹⁴⁰. Es más, la excepción del artículo 71 B marca justamente el límite con la del 71 P, estableciendo campos de acción para la inclusión de elementos de una obra en otra a razón de crítica: mientras el 71 B regula la inclusión de fragmentos breves de una obra protegida en otra en razón de la crítica, y el 71 P la inclusión de elementos suficientes para ser calificada de transformación. El límite máximo para la inclusión de elementos de una obra en otra viene dado por el plagio. Para llegar a dicho *maximum*, diversos autores han establecido criterios de aproximación legítima de la obra nueva hacia la obra parodiada, de manera que no incurra en infracción al derecho de autor, abusando de la figura de la parodia. Principalmente, estos criterios excluyen la parodia en tanto excluyen también la transformación, estableciendo casos en los que más que una transformación de una obra, lo que se realiza es una reproducción.

11.3.4.1.1.1 Desvanecimiento

¹⁴⁰ SOL MONTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 142.

El criterio del desvanecimiento o “*das verblassen des originals*”, de origen alemán, planteada por ULMER¹⁴¹ para ser aplicada a todos los casos de uso gratuito alemán, que considera que la obra paródica debe “empujar hacia el fondo” o desvanecer a la obra parodiada, de manera que la individualidad de la obra originaria desaparezca frente a la obra nueva, y sus elementos esenciales palidezcan frente a la preponderancia de los elementos esenciales de la obra nueva¹⁴². Sin embargo, autores más recientes como HESS apuntan a que la pérdida de elementos esenciales de la obra parodiada impediría al receptor de la obra la identificación de la obra originaria, frustrando el ejercicio paródico, por lo que el desvanecimiento debiese apuntar a la originalidad impresa en la obra nueva, que debiese diferenciar a ésta de la obra parodiada original¹⁴³, estableciendo la distancia necesaria para dotar de vida propia e independencia a la obra nueva, sin dejar de evocar a aquella de la cual proviene.

En nuestro ordenamiento jurídico, la idea de aporte artístico diferenciador que contempla como requisito de legitimidad el artículo 71 P de la LPI viene a inclinar la balanza en torno a considerar la originalidad de la obra nueva como elemento clave diferenciador, que opacaría los elementos esenciales de la obra parodiada, sin eliminarlos, por lo que resulta un criterio útil.

¹⁴¹ ULMER. *Urheber und verlagsrecht*, 3ª ed., Springer-Verlag, Berlin Heidelberg, 1980.

¹⁴² SOL MUNTAÑOLA, Mario. *Op. Cit.*, (2005) p. 150.

¹⁴³ *Loc. Cit.*, p. 153.

11.3.4.1.1.2 Uso necesario

El criterio del uso necesario o *conjure up* se desarrolla en Estados Unidos de Norteamérica¹⁴⁴, y tiene una orientación más bien funcional: debe tomarse de la obra parodiada lo estrictamente necesario para que el ejercicio paródico tenga efecto, y durante su desarrollo ha pasado por un aspecto cuantitativo a uno cualitativo¹⁴⁵. Con esta premisa, el criterio legitimador se torna bastante laxo, ya que implica atender al propósito paródico de la parodia, y que el juez tenga que realizar un ejercicio ideal de composición artística, en que se represente tomar menos elementos de la obra originaria para componer una obra que tenga el mismo efecto paródico en su público objetivo. Tal ejercicio comparativo, aunque nos encontremos frente a un magistrado que fuera artista, implica una inseguridad jurídica inaceptable, por lo que este criterio no puede ser aplicado de manera autónoma. Debe complementarse con otros, o derechamente no aplicarse a nuestra legislación.

11.3.4.1.1.3 Confusión

¹⁴⁴ 17 Golden Gate U.L. Rev, 57 1987. P.64

¹⁴⁵ SOL MONTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 154.

El criterio de la confusión implica que en definitiva cualquier observador objetivo, dentro del público receptor de la obra o fuera de éste, pueda entender que la obra nueva no es la obra originaria, ni del mismo autor, posicionando una distancia razonable con la obra originaria, de manera de marcar esta diferencia de manera activa, esto es, evidente, sin esperar que dicho ejercicio de distinción sea hecho por el receptor, sino que se le presente de esta manera en la propia obra.

“Además, la obra parodiada debe ser reconocible para el destinatario de la parodia. Ahora bien, la parodia debe introducir las modificaciones necesarias para evitar el riesgo de confusión entre la obra parodiada y la parodia. Generalmente, este requisito se verá satisfecho con la mera introducción de elementos humorísticos.”¹⁴⁶

La doctrina internacional¹⁴⁷ ha variado y agregado elementos de análisis para descartar la confusión, así el criterio base señalado en el párrafo anterior corresponde al autor GIMENO OLCINA¹⁴⁸, mientras que DIAZ ALABART¹⁴⁹ agrega que el cambio del tono serio al humorístico de la obra generaría un aporte original que quedaría a la apreciación judicial. Por su parte SANCHEZ

¹⁴⁶ GONZÁLEZ DE ALAIZA, José Javier, “Diccionario Jurídico de la Cultura: Parodia”. Disponible en línea: <http://www.diccionariojuridicocultura.com/voces/parodia> 6/6.

¹⁴⁷ Referencias obtenidas de SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 159.

¹⁴⁸ GIMENO OLCINA, Luis. Parody of songs: a Spanish case and international perspective. Entertainment Law Review, vol. 8. 1997, p.20.

¹⁴⁹ DIAZ ALABART, Comentario al art. 39, Comentarios Edersa a la Ley de Propiedad intelectual, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1995., p.636.

ARISTI¹⁵⁰, agrega el criterio desarrollado por la jurisprudencia norteamericana a partir de la sección 107 de su *Copyright Act*, revisando los efectos que tiene la parodia en el mercado de la obra original, perdiendo legitimidad si la parodia entra a competir con ésta. Así, los dos ejes rescatables del desarrollo del concepto de confusión como criterio para apreciar la diferenciación con la obra originaria, serían:

- a) Originalidad en la forma de expresión, compuesto de un aporte original que evidencie que no se trata de la obra parodiada; y
- b) Falta de competencia económica con la obra originaria.

De esta forma, el criterio de la confusión se alinea con nuestra tradición continental de derecho de autor y con el contenido del artículo 71 P, el que exige un aporte artístico diferenciador respecto a la obra originaria.

Además, el criterio de la confusión permite un análisis objetivo respecto a un observador externo a la obra, como es el propio juez, adoptando tal punto de vista. A la hora de determinar si la obra corresponde a una parodia o a una explotación común, el juez no puede adoptar el rol de un artista, ya que no lo es. Como juez, debe atenerse a los hechos a probar en una causa, y conforme a la prueba rendida, aplicar el derecho. En el caso hipotético que alimenta toda esta tesis (utilización cuya caracterización como parodia es dudosa), este criterio resulta más útil al sentenciador, en torno al fin de lograr una resolución

¹⁵⁰ SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. La propiedad intelectual sobre las obras musicales. Granada, Comares, 1999, p. 491-493.

justa, toda vez que, como tercero objetivo ajeno al proceso comunicativo propiamente tal, puede observar elementos concretos que revelen la diferenciación de la obra nueva con la obra original, sin establecer un baremo excluyente a priori, como lo sería un criterio cuantitativo como el del uso necesario, o un baremo incierto como el del desvanecimiento.

A través del criterio de la confusión, el juez chileno da aplicación en un primer estadio al requisito de legitimidad impuesto por el art. 71 P, el que se encuentra acorde con el ánimo de parodiar que se analizará en sede subjetiva¹⁵¹, ya que en este estadio la *diferenciación* lograda por este aporte es lo relevante para el ejercicio paródico. Esta diferenciación se aprecia mediante la constatación de elementos apreciables por el juez, que deben venir expuestos en la prueba acompañada al juicio, por medio de los cuales la obra logra diferenciarse de la originaria con elementos evidentes, como la diferencia de autor, su título, su contenido esencial, la forma en que están dispuestos sus elementos propios y la forma en que explota los elementos de la obra originaria, la que debe ser accesorio, pero no por ello breve o incidental. Esta accesoriedad viene dada no por el contenido de la obra, sino más bien por su forma de expresión, ya que al momento que se hace referencia la obra anterior, ésta queda inserta en la obra nueva, cuyos caracteres de originalidad deben ser los identificativos para el receptor de la misma, *diferenciándola* de aquella.

¹⁵¹ Ver *infra*, 11.3.4.2.1.

En cuanto a la competencia económica, la parodia no puede competir con la obra originaria en su mismo mercado. Esto es, el lector no debe poder prescindir de la obra originaria para conocerla. Dicho de otra forma, no puede conocer completamente la obra originaria a través de la parodia, lo cual viene a complementar el elemento anterior: la forma de expresión de la obra originaria no puede estar completamente vertida en la parodia.

Además, resulta de toda lógica que la parodia debe servir de puerta de entrada a la obra originaria, pero no reemplazarla a ojos del público. Ello resulta evidente si se realiza el siguiente ejercicio:

- a) Obra originaria X, transformada en parodia Y, del mismo género y forma literaria. Si la obra Y abarca completamente el contenido de la obra X, el receptor de la obra no necesita comprar o acceder a la obra X, ya que la conoció a través de la obra Y. En este caso, la obra originaria y parodia, se confunden, por lo que no se verifica un aporte artístico diferenciador.
- b) Obra dramática originaria X, de 3 actos, es transformada en una obra dramática parodia Y, de 20 actos. Obra Y utiliza un acto completo de obra X sin hacer una alusión que proviene de dicha obra X (haciendo una alusión anterior o posterior a su nombre, autor, o dejándolo de manifiesto en los diálogos, y público tampoco puede necesariamente saberlo). En dicha hipótesis, si bien en relación a la totalidad de la obra nueva lo obtenido de la obra originaria es menor, resulta relevante para la obra originaria, sin embargo, lo que quita legitimidad al ejercicio paródico es

este injerto en la obra nueva, sin hacer referencia a la obra anterior, ya que sin ésta no funciona como parodia, no se configura el ánimo de parodiar, no es parodia propiamente tal.

Excluyendo estos casos, la parodia se verá legitimada cuando en la misma obra se aprecie este aporte artístico “diferenciador”, que, conforme al criterio de evitar la confusión con la obra originaria, creará una distancia entre ambas obras que legitimará la parodia, si se cumplen los demás requisitos.

11.3.4.1.2 Publicación de la obra utilizada

Así las cosas, durante el desarrollo de una obra de propiedad intelectual, existen varias etapas en las que la obra aún no ha sido comunicada al público. Durante estas etapas, surgen borradores y propuestas de obra que se mantendrán inéditos por el autor hasta que lo decida, o pasarán a su archivo personal, por ser modificados sustancialmente hasta llegar a la obra final. Tales bocetos de la obra originaria no pueden ser objeto de parodia, toda vez que no han sido publicados, y por tanto, el ejercicio paródico se frustra, toda vez que no logrará en caso alguno que el público pueda identificar en la obra nueva los elementos de la originaria que lograrán el efecto humorístico o crítico deseado. Pierde sentido la parodia si el público al que va dirigida no puede conocer la obra originaria. En conclusión, la obra originaria debe haber sido difundida (comunicada o ejecutada públicamente) para ser objeto de esta explotación¹⁵², señalando incluso la doctrina que debe gozar de cierta *notoriedad* para permitir su identificación como obra parodiada.

Tal como se señala *infra*, la excepción de parodia no puede afectar el derecho al inédito, y es por esta misma razón: la parodia pierde sentido y se transforma en cualquier otra forma de explotación en un contexto jocoso, pero finalmente no puede dar a conocer por su intermedio una obra de un tercero.

¹⁵² SPITZ, Brad. Op. Cit. p. 94.

Esta explotación no podría ser calificada de parodia, sino de una comunicación o ejecución pública al menos de parte de la obra originaria, que el autor en caso alguno está obligado a soportar, a menos que de su expresa autorización para ello a través de una licencia.

En tal sentido, PEREZ BES señala como primer requisito para calificar una obra como parodia, que la obra originaria debe estar divulgada, siendo *un requisito de carácter objetivo y demostrable*. Tal requisito además es acorde a la dinámica propia del ejercicio paródico, por el cual el autor busca *obtener un efecto o “contraste” entre la misma y la obra parodiada*.

Esta obra difundida originaria debe ser objeto de protección de propiedad intelectual. Como ya se ha desarrollado, no todo fruto artístico es una obra protegida por el Derecho de Autor, ya que deben concurrir en ella los requisitos de originalidad en su forma de expresión, y vigencia de su plazo de protección. Así las cosas, cuando una obra no cumple una mínima originalidad en su forma de expresión, no plasma parte alguna de la personalidad del autor, o es fruto de la aplicación de un simple procedimiento, e inclusive cuando cumpliendo con la originalidad, su plazo de protección ha expirado, no gozará de protección del Derecho de Autor. En esta situación, cualquier utilización de la obra originaria no podría ser impedida por la falta de autorización del titular de la misma. Dentro de estas utilidades encontramos una posible parodia, en los términos que se han analizado durante esta investigación. De realizarse dicha explotación, las implicancias jurídicas no serían mayores, toda vez que no

necesita autorización para realizarse de todas formas, por estar en el dominio público. Ahora bien, si la parodia genera un perjuicio apreciable a otras transformaciones de la obra, o a la imagen y honra del autor originario, son materias que escapan a la regulación de las utilidades en Derecho de Autor.

11.3.4.1.3 Aporte artístico diferenciador

Por otro lado, el artículo 71 P exige a la parodia la incorporación de un aporte artístico diferenciador respecto a la obra originaria. Junto con lo analizado *supra* respecto a la diferenciación que produce este aporte respecto a la diferenciación de la parodia con la obra originaria¹⁵³, la nemotécnica de esta parte del articulado permite conocer a grandes rasgos a qué se refería el legislador con “aporte artístico”, siendo ésta la única norma en todo el Derecho de Propiedad Intelectual donde se exija un grado de actividad propiamente artística, con todo el problema de aplicación que aquello genera. Evidente es la problemática de calificar una modificación en una obra de “artística”, siendo que el Derecho de autor tiene dentro de sus principios básicos el no atender a la calidad o mérito artístico de la obra para entregarle protección, sino a criterios objetivos que se evidencian en su forma de expresión.

¹⁵³ Ver *supra*, 11.3.4.1.1.3.

¿Debe entonces la parodia ser lo suficientemente graciosa para que esté amparada en la excepción? La primera respuesta es un no rotundo. Entonces, ¿Qué tipo de aporte artístico es el buscado por el legislador? Tal como se señaló *supra*, uno de los principales criterios de interpretación jurídica es el de la utilidad. No podemos concluir que la norma carece de sentido o aplicación práctica, sino que la norma del artículo 71 P debe encontrar un ámbito de aplicación que permita distinguir un ejercicio paródico de otro, para subsumirlo o excluirlo del presupuesto.

La norma señala que este aporte artístico debe diferenciar a la parodia de la obra originaria en cuanto a la obra a que se refiere, a su interpretación o a la caracterización de su intérprete.

En cuanto a la obra a que se refiere, podemos atender al concepto de *forma de expresión*, que nos revela que la parodia debe dar como resultado una nueva forma de expresión que cumpla con todos los parámetros de originalidad que se le exige a la obra originaria para ser protegida. Dicho de otra forma, la parodia en tanto obra producto del intelecto humano, debe también reflejar la personalidad de su autor, y el parodiador, necesariamente una persona distinta del autor de la obra originaria según se explicará más adelante, presenta una personalidad necesariamente distinta a la del autor originario. Por lo tanto, al imprimir su propio estilo, intencionalidad y mensaje a la obra, crea una forma de expresión que debe ser necesariamente distinguible de la de la obra originaria. Si el autor por medio de la parodia intentara simplemente interpretar la obra

original, o extraer de ella pasajes o extractos sin agregar su propia intencionalidad, ni cambiar su mensaje, finalmente la utilización se transforma en una cita o derechamente un plagio, ambas explotaciones sin la autorización del autor pueden devenir en una infracción al derecho de autor que generan responsabilidad civil y penal para el pseudo-parodiador. Ello es una consecuencia de que en lo más básico, la parodia sea una imitación, por lo que este distanciamiento es necesario y útil para lograr la comunicación del mensaje del parodiador¹⁵⁴.

El mismo razonamiento aplica a la interpretación, toda vez que cada interpretación de una obra imprime parte de la personalidad del intérprete en ella, al realizar una interpretación que busque alejarse de la originaria, se está insertando este aporte artístico diferenciador a la parodia. Diverso es el caso de la caracterización de su intérprete, por la cual el elemento diferenciador viene a ser parte de la ejecución de la obra, en cuanto puede realizarse una interpretación cercana a la originaria y no alterar la forma de expresión de la obra original, y sin embargo, lograr el efecto paródico con sólo alterar la caracterización de quien ya ejecutó la obra por primera vez.

Este elemento diferenciador también ha sido recogido por la doctrina extranjera del profesor PEREZ BES como un requisito esencial de la parodia, lo que implica llegar a considerar la parodia como una obra nueva, con carácter de originalidad, y elementos propios que descarten que sea la copia de otra

¹⁵⁴ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2015) p.5.

preexistente¹⁵⁵. En el mismo sentido, SOL MUNTAÑOLA señala que la diferenciación debe descartar la posibilidad de parasitismo y debe evidenciar que es fruto del trabajo intelectual de un autor diverso al de la obra originaria, toda vez que igualmente debe “caminar” sobre ella¹⁵⁶. Dicho autor señala que el criterio de la *conjure-up* o evocación, de origen norteamericano, resulta más preciso, toda vez que implica alejarse de la obra parodiada lo suficiente para que no se considere copia, pero se mantenga lo suficientemente cerca para que el destinatario identifique la originaria¹⁵⁷. Sin embargo, según lo señalado *supra*¹⁵⁸, para nuestro sistema de derecho de autor, resulta más armónico a la hora de analizar el elemento diferenciador entre las obras, el de la confusión. Otros autores, como Brad SPITZ, señalan que este elemento diferenciador guarda estrecha relación con la *utilización leal* americana, por el cual, la parodia debe “respetar la explotación económica de la obra de origen”¹⁵⁹. En tal sentido, exige que la obra no compita en la explotación natural de la obra originaria, lo que viene a reiterar una de las normas de la regla de los 3 pasos del Convenio de Berna, reproducida por el artículo 13 de los ADPIC. Como sostiene el mismo autor, incluso la jurisprudencia francesa ha incorporado este elemento, pero aplicando una lógica propia del derecho de marcas, como lo es el riesgo de confusión para el destinatario con la obra originaria, y el parasitismo en materia

¹⁵⁵ PEREZ BES. Op. Cit. P. 369.

¹⁵⁶ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2015) p. 8.

¹⁵⁷ Loc. Cit. p.9.

¹⁵⁸ Ver 11.3.4.1.1.3

¹⁵⁹ SPITZ, Brad. Derecho de Autor, Copyright y Parodia o el mito del uso legal. En Revue Internationale du Droit D’Auteur. Paris, abril 2005. p. 118.

de competencia desleal, estableciendo criterios especiales, como aquel que apunta al título de la obra: el título elegido para la segunda obra (derivada o parodia) debe permitir poner de manifiesto que se trata de una parodia, aun cuando el contenido de la parodia permita dudar de esta naturaleza¹⁶⁰. Así, el cambio poco evidente del título de la obra¹⁶¹ no revelaría oportunamente al receptor de la obra la intención de parodiar de su autor. El criterio inglés no es muy distinto, aunque apunta más a la ventaja comercial ilícita que obtendría un autor a costa de otro, lo que implica un criterio de perjuicio, como el que se verá a continuación¹⁶².

Como se dijo respecto a la utilización de la obra anterior¹⁶³, la combinación del criterio de la confusión con elementos otorgados por la jurisprudencia de la utilización leal, permite llegar a una precisión mayor respecto a la distancia que debe guardar la parodia con la obra originaria, cuánto material puede utilizar, y en qué consiste el aporte artístico diferenciador establecido por el legislador.

¹⁶⁰ Ibid.

¹⁶¹ Así, en el caso citado por el autor, la Corte de Apelaciones de París estimó que el pastiche de un libro de filosofía titulado “El mundo de Sophie” no podía llamarse “El Mundo de Anne-Sophie”, ya que la intención de evidenciar lo ridículamente burgués del primero no fue suficientemente evidenciada, al no existir una distanciaci3n c3mica del t3tulo y de la tapa del libro respecto a la obra originaria, confundiendo a un consumidor medio. (CA Par3s, 17 enero de 2003. SARL Les Jalons v. Gaarder et. Al., P1 abril 2003, n3 7, p169, Andr3 Lucas Chron) Loc cit. p. 120.

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Ver *supra*, 11.3.4.1.1.3.

11.3.4.1.4 Perjuicio razonable y funcional

Como se señaló *supra*, toda excepción o limitación al derecho de autor implica un perjuicio para su autor, ya que se le niega la facultad de oponerse al uso de su obra, lo que repercute directamente en el provecho económico que puede obtener de la misma.

Ahora bien, PEREZ BES postula que la legitimación de la parodia como excepción implica que en su utilización *no se infiera daño a la obra original o al autor de la obra*, lo que implica que la parodia “*no puede suponer una vulneración al honor o a la dignidad de autor ni mucho menos dañar la obra protegida. La obra original y su autor sólo pueden tolerar un uso cómico que no llegue a causar daño*”¹⁶⁴.

En este orden de cosas, la parodia presenta varias normas que inciden en el nivel de perjuicio permitido contra el autor de la obra originaria.

A nivel constitucional, la parodia se ve regulada por las limitaciones a la libertad de expresión, que implican la responsabilidad posterior por vulneración de bienes de carácter patrimonial o moral del autor o de terceras personas, conforme a los delitos y abusos que anuncia la misma garantía del artículo 19 numeral 12 de la CPR.

¹⁶⁴ PÉREZ BES, Francisco. Aproximación a la figura de la parodia en el derecho de la propiedad intelectual., p. 370.

A nivel legislativo, estos delitos y abusos se materializan principalmente en la injuria y la calumnia, reguladas en los artículos 416 a 420 y 412 a 415 del Código Penal. Implican principalmente la atribución falsa de la comisión de un delito, falta moral a un tercero, o afrenta grave al mismo, de forma pública. La forma pública en que se expresa este abuso o delito es a través de la publicación de la parodia.

Por ello es que tal constituye un límite claro a la actividad paródica: no puede ser constitutiva de delito en los términos de los artículos 412 y 416 del Código Penal.

Un aspecto relevante a considerar, es que al justificarse la parodia en la crítica y no en el humor¹⁶⁵, una transformación que resulte sólo cómica, pero no ejerza crítica alguna, no puede considerarse parodia para los efectos de la LPI. El mero chiste, que utilice una obra con el solo propósito de hacer reír, no se encuentra justificado en la libertad de expresión contemplada en nuestra CPR, y debido a aquello, no puede ser amparado en la excepción de parodia, a menos que realice una crítica.

Hay autores que incluso restringen aún más este criterio, estableciendo que el grado de mordacidad, o de ataque a los bienes no patrimoniales del autor de la obra originaria o de un tercero, debe ser justificado en términos de la libertad de expresión, en el contexto que se da la parodia¹⁶⁶. Tal criterio resulta confuso

¹⁶⁵ Ver *supra*, 11.3.2.2.

¹⁶⁶ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 66.

respecto a la legitimidad de la parodia como excepción de derecho de autor. Tal análisis de razonabilidad del recurso humorístico, o del ataque al honor de un tercero se encuentra fuera del ámbito de aplicación del derecho de autor, por lo que debe dejarse para una sede de responsabilidad civil o penal por los daños ocasionados con los dichos vertidos en la parodia.

En síntesis, para que la parodia sea legítima debe cumplir con los estándares mínimos de la misma, que se han venido desarrollando a lo largo de esta investigación, y en cuanto al perjuicio que genera al autor de la obra originaria, la lesión al derecho de propiedad intelectual del autor originario ya ha sido medida por el legislador al momento de consagrar la excepción, por lo que debe atenderse si otros bienes jurídicos deben sufrir las consecuencias de la parodia. A primera vista aparece el derecho al honor y la vida privada establecidos en el numeral 4° del artículo 19 de la CPR, el que cede frente al ejercicio de la Libertad de expresión sin censura previa. Sin embargo, no existe una garantía fundamental que justifique el “hacer reír” utilizando propiedad ajena, por lo que el mero uso jocoso de una obra a título de parodia no es suficiente para utilizar la excepción del artículo 71 P de la LPI, el que encuentra su fundamento en el artículo 19 N°12 y 25 de la CPR según lo expresado *supra*¹⁶⁷.

Luego, es plausible amparar el ejercicio paródico y la aplicación de la excepción de parodia a una obra que efectivamente lesione intereses y

¹⁶⁷ Ver 11.3.2.2.

derechos ajenos como los descritos. En sede de derecho de autor, esta utilización no podría ser impedida por el autor de la obra originaria. Sin embargo, esto no exime al parodiador de la responsabilidad civil y penal que le corresponda por los abusos y delitos en los que recaiga su actuar, y ya no será el autor de la obra originaria, sino un tercero, quien reclame estos perjuicios, o el autor de la obra originaria, pero no en su calidad de tal, sino de víctima de delito o cuasidelito, conforme a las reglas generales.

11.3.4.2 Elementos subjetivos

Junto con analizar los elementos que se aprecian en la obra paródica nueva propiamente tal, es necesario analizar los elementos que confluyen en la relación comunicativa paródica y que son apreciables por un observador objetivo externo. Estos aspectos corresponden a elementos propios del parodiador, que se aprecian en la forma de expresión de la obra nueva o interpretación, y del receptor de la obra, que termina por decodificar el mensaje contenido en la comunicación paródica. Estos elementos pueden constituir un punto de análisis objetivo para el juez que dirima sobre una causa sobre parodia en Chile.

11.3.4.2.1 Ánimo de parodiar.

La parodia es un hecho jurídico, y como tal tiene efectos creadores y extintores de derechos y obligaciones. Además, es un acto jurídico, ya que en su producción participa la voluntad humana. Es el elemento volitivo del acto de parodiar lo que contiene su médula. Ahora bien, no es necesario que el autor incluya en el título de su obra que esta se trata de una parodia, a modo de notificar expresamente al público que su obra se enmarca en esta explotación, sin perjuicio de lo señalado en el epígrafe anterior, sus caracteres de parodia se hacen evidentes *porque* justamente existe la intención del parodiador en torno a que su obra sea apreciada en cuanto parodia de otra anterior¹⁶⁸. La falta del juego de interpretación comparativa que pueda hacer el público de la obra derivada va a originar una incomprensión tal de la obra que no conviene al parodiador, ya que la incomprensión de su obra, como la mala crítica, reducirán el alcance (y por ende los ingresos) que tendrá su obra. La naturaleza de este mensaje y el fin del juego comparativo son el centro de la discusión en materia doctrinaria. ¿Debe cumplir un fin cómico, de homenaje, o de crítica artística?¹⁶⁹

En este sentido, al autor parodiador le preocupa que su obra sea conocida como parodia de otra anterior, que su público conozca ambas obras, y realice la

¹⁶⁸ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 126.

¹⁶⁹ SPITZ, Brad. Op. Cit. p. 60.

comparación correspondiente, a fin que el mensaje que pretendió entregar el parodiador sea correctamente recibido.

A contrario sensu, si en el parodiador no se presentase este ánimo de parodiar, se generan incluso hipótesis de infracción, toda vez que dentro de la obra derivada se realizan referencias a la obra originaria, sin la autorización de este autor originario. Si elementos de la obra originaria se presentan en esta obra posterior como pertenecientes sólo a esta obra derivada, sin hacer una referencia explícita o implícita a la obra originaria, verdaderamente estamos frente a un uso no autorizado o un plagio.

Resulta así fundamental que el autor haga algún tipo de referencia explícita o al menos implícita a la obra originaria¹⁷⁰, de manera de guiar a su público directamente a ella, y evidenciando así también su intención clara de parodiar, y no de crear una obra completamente nueva e independiente, tomando de la obra originaria los elementos justos y necesarios para hacer esta referencia sin transformarse en su transcripción¹⁷¹. Como la mayoría de los actos y hechos jurídicos, el ánimo de parodiar deberá probarse, aunque corresponda a un elemento volitivo interno del parodiador, y dicha prueba deberá versar sobre estas evidencias claras del ánimo, siendo la más básica la referencia básica a la obra de origen o a su autor, y el distanciamiento que la parodia realiza respecto a la obra originaria.

¹⁷⁰ 17 Golden Gate U.L. Re. 57 1987. "In Defense of Parody" P.64.

¹⁷¹ Loc. Cit. P. 69; *supra*, 11.3.4.1.1.

Ahora bien, este ánimo de parodiar debe perseguir una finalidad concreta, que nos hace volver a la pregunta sobre la jocosidad de la parodia: ¿Siempre debe buscar hacer reír? Según lo recabado en esta investigación y la opinión conteste de la doctrina internacional, la parodia no puede limitarse sólo a una intención humorística¹⁷². Si así fuera, sólo hablaríamos de chiste, no parodia, y no encontraría justificación un ataque tan evidente a derechos fundamentales del autor de la obra originaria y de terceros que puedan verse afectados por ella. Sin embargo, el *animus iocandi* que se ve inserto en el ánimo de parodiar, sin ser un requisito para su producción, se convierte en un elemento de regulación de responsabilidad civil y penal a favor del parodiador, en tanto podría destruir el dolo directo frente a los daños producidos a consecuencia de la obra paródica en el patrimonio del autor de la obra originaria, reduciendo el alcance de la responsabilidad a aquel que corresponde a la culpa leve. Por su parte, en su esfera penal, destruye el tipo por la vía de eliminar este mismo dolo¹⁷³.

La Parodia implica siempre una crítica, que en ocasiones se hace valer de un tono humorístico para hacer reír con mayor o menor crueldad, a un público a costa de la obra o la persona parodiada¹⁷⁴. Es a través de la crítica que la parodia se hace relevante al Derecho, puesto que es la real aplicación de la libertad de expresión, que desarrolla un ámbito tolerable de ataque y perjuicio a

¹⁷² SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2015) p.6.

¹⁷³ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p.57.

¹⁷⁴ Ibid.

la obra originaria¹⁷⁵. Por ello, es que varios autores han encontrado en la crítica el fundamento propio de la parodia, y el fin al que apunta el ánimo de parodiar, no necesitando una elaboración muy profunda de la misma¹⁷⁶, pero sí su marcada presencia. “Es, precisamente, porque el propio titular no tiene incentivos para permitir la crítica hacia su propia obra o marca, que la parodia juega como defensa de la libertad de expresión y crítica.”¹⁷⁷

¹⁷⁵ Loc. Cit. p.7.

¹⁷⁶ Es decir no se analiza su calidad.

¹⁷⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, Gustavo M. "Lo que Barbie no supo: reflexiones sobre la parodia de marcas" *Anuario Andino de Derechos Intelectuales* Iss. 8 (2012).

11.3.4.2.2 Intención creativa y el aporte artístico exigido por el artículo 71 P de la LPI.

Quien detenta la calidad de parodiador, por su ejercicio se transforma en un autor, artista, intérprete o ejecutante, ya que el legislador exige en el artículo 71 P un “*aporte artístico*” para legitimar la excepción, y si bien cualquier persona puede crear una obra o interpretación, al crear una obra nueva con características de obra protegida, el parodiador debe ser calificado como autor, artista, intérprete o ejecutante por el juez, a la hora de asignarle los derechos que dispone la LPI. En tal sentido, junto con el derecho de cita, comparte su origen o justificación en la Libertad de Expresión garantizada a tanto a los autores, artistas, como a cualquier persona, señalando la doctrina incluso que tanto en el sistema continental de Derecho de Autor como en el de copyright “*las excepciones cuyo fundamento es la libertad de expresión –sobre todo la cita y la parodia- constituyen “derechos” elaborados en provecho del autor o del artista que quiere sobrepasar a su predecesor*”¹⁷⁸.

Ahora bien, llevar este razonamiento al punto de exigir que sólo quienes sean considerados artistas o intérpretes previamente a la creación de la parodia resulta a todas luces excesivo. ¿Puede entonces una persona convertirse en autor o intérprete a través de su primera obra, que resulte ser una parodia? Por

¹⁷⁸ SPITZ, Brad. Op. Cit. p.58.

supuesto que sí, y es a través de ella que debe materializarse este aporte artístico exigido por el legislador. Cabe destacar que esta es la única norma en que la LPI habla de “aporte artístico”, expresión que al formar parte de los requisitos de licitud de la parodia aparentemente atentaría contra uno de los principios rectores de la protección a las obras fruto del intelecto, que guarda relación con que la calidad artística de la obra no debe ser tomada en cuenta para determinar su protección.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza de este aporte artístico exigido? Ciertamente la ley no exige a la parodia cierta calidad artística en particular, sino sólo que exista algún tipo de “aporte”. Dicho concepto, según la Real Academia Española significa “*Contribución, participación, ayuda*”, lo que viene a traer la idea de imprimir al trabajo del autor de la obra originaria un aspecto nuevo. La norma del artículo 71 P señala que este aporte artístico debe diferenciar a la parodia de la obra originaria, lo que no puede entenderse de otra forma que no sea, diferenciando las formas de expresión de cada obra, y según lo ya desarrollado *supra*, la forma de expresión se distingue por su originalidad. Tal postura se ve reafirmada por autores como SOL MUNTAÑOLA, que indican que la originalidad impresa en la obra paródica materializa además el bien jurídico protegido por la parodia referente a la libre creación artística¹⁷⁹.

La originalidad viene dada por la impresión en la obra de la personalidad del autor, por lo que mientras se cumpla con esta concreción que en la obra hace el

¹⁷⁹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 183.

autor de su ser interior, el requisito debiera ser satisfecho. Ahora bien, este aporte artístico materializado en un elemento diferenciador que revele la personalidad del autor, debe ser realizado con la intención de dotar a la obra del carácter de parodia, lo que se relaciona con el ánimo de parodiar ya señalado *supra*¹⁸⁰. De otra forma, nos encontraríamos ante una adaptación simple. Por su parte, este aporte además debe dotar de una individualidad tal a la obra, que pueda distinguirse claramente de la obra originaria, el que será por excelencia la referencia a la obra originaria¹⁸¹ junto con la evasión de la confusión con dicha obra¹⁸², con el fin que su público comprenda el ejercicio paródico, y pueda reconocer también claramente la obra original. Así las cosas, la parodia “destruye y reinventa” la obra originaria, bajo la siguiente estructura planteada por el profesor SOL MUNTAÑOLA:

1. La parodia es una expresión que imita, que “camina” sobre una obra preexistente, que debe ser conocida por el público al que se dirige la parodia;
2. Debe deformar la obra originaria, destruirla desde dentro para reconstruirla, criticando; y por último,

¹⁸⁰ Ver 11.3.4.2.1.

¹⁸¹ SPITZ, Brad. Op. Cit, p. 92.

¹⁸² Ver *supra*, 11.3.4.1.1.3.

3. Debe reconocerse la obra sobre la que “camina”, debe ser reconocible el origen para que el efecto paródico funcione, y en sentido amplio, será burlesca y siempre crítica¹⁸³.

Bajo esta estructura se revela la originalidad de la parodia, y se evidencia la intención del autor con su realización. Así, la intención del parodiador se aprecia en toda la forma de expresión de la obra nueva, es apreciable no sólo por él mismo, sino también por su público y por cualquier observador objetivo externo, implica “poner las cartas sobre la mesa”, de forma que hace evidente su juego paródico, aportando originalidad a su obra por la vía de imprimir su propia personalidad a la nueva forma de expresión, lo que termina evitando la confusión entre ambas obras.

11.3.4.2.3 Rol del receptor de la obra paródica

En el análisis de los elementos subjetivos apreciables por un tercero resulta relevante el papel que juega el receptor en la actividad paródica, entendido éste como el público, los lectores, oyentes, o simplemente quienes acceden a la obra. El receptor viene a completar el ejercicio paródico por la vía de decodificar el mensaje crítico contenido en la obra nueva.

¹⁸³ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2015) p. 8.

Como se ha venido detallando a lo largo de esta investigación, la parodia en su forma laxa es un acto comunicativo que intenta criticar una realidad a través de su imitación, la que es advertida por el receptor del mensaje, quien comprende la crítica hecha y puede o no adscribir a dicha postura¹⁸⁴. Al analizar la parodia-excepción, ésta se muestra como una forma de utilización de obras que persigue este mismo fin, en donde la imitación se elucubra en la transformación de una obra originaria dentro de una nueva. Así, al considerarse la parodia-excepción una forma de parodia en sentido laxo, es relevante el receptor de la misma, en tanto debe decodificar el mensaje crítico encubierto en la obra paródica, el que a su vez debe ser satisfactoriamente proyectado por el autor parodiador, generando así una nueva lectura de la obra originaria a partir del contenido crítico de la parodia¹⁸⁵.

Por su parte, el receptor debe además ser capaz de decodificar el mensaje contenido en la parodia, no en cuanto a sus facultades intelectuales, sino a su conocimiento de la o las obras originarias. Así, el parodista debe tener en cuenta el público al que está dirigiendo su obra, y prever que éste pueda efectivamente al menos comprender el ejercicio paródico que realiza¹⁸⁶, e idealmente compartir su análisis crítico. Esto marca además la forma en que la

¹⁸⁴ Ver *supra*, 11.3.2.4.

¹⁸⁵ SOL MONTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 124-125.

¹⁸⁶ Loc. Cit. p. 138.

obra paródica se distingue y aleja de la originaria, entregando un parámetro que se enmarca en el criterio de la confusión desarrollado *supra*¹⁸⁷.

De esta forma, el ejercicio paródico culmina con el proceso que hace el receptor de la obra que se le entrega o exhibe, completando y traduciendo el mensaje que le ofrece el autor¹⁸⁸, por ello no puede separarse de la parodia-excepción, ya que es uno de los pocos casos de explotación de una obra reconocidos por la LPI en que se exigirá necesariamente un rol activo del receptor de la obra para ser concebida. Así también, y como se detallará más adelante¹⁸⁹, la parodia implica necesariamente la difusión de la obra nueva, vía comunicación pública o distribución al público, con elementos de la obra originaria.

En síntesis, al encontrarse la difusión de elementos de la obra originaria contemplada en el ejercicio paródico por su naturaleza de acto comunicativo, debe atenderse a las cualidades del receptor para establecer la idoneidad de la explotación de la obra originaria para ser considerada parodia. Estas cualidades implican necesariamente el conocimiento al menos rudimentario o esencial de la obra originaria¹⁹⁰.

¹⁸⁷ Ver 11.3.4.1.1.3.

¹⁸⁸ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 49.

¹⁸⁹ Ver *infra*, 11.4.1.2.2.

¹⁹⁰ A este respecto, relevante es el caso de la parodia que en el año 2004 hizo el programa 31 minutos al Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha de Cervantes, en el capítulo 33 de su primera temporada. En él, se transforma el capítulo VIII, de manera que se deja en evidencia la falta de cultura literaria del personaje "Tulio Triviño". Mediante dicho ejercicio buscaron evidenciar ante un público principalmente menor de edad lo pernicioso de la falta de lectura, a través de la utilización del capítulo quizás más conocido de la obra originaria. Si bien es poco

Por lo tanto, la explotación de una obra a título de parodia frente a un público que necesariamente no puede realizar el ejercicio comparativo entre las obras originaria y paródica, como aquel público separado por una barrera cultural de tipo religiosa, de nacionalidad, etc., respecto de la obra originaria, por lo que resulte imposible para el mismo realizar el proceso comparativo entre la obra originaria y la que se le presenta, carece de efectividad. De esta manera, cuando el receptor de la parodia no puede decodificar la diferencia entre las obras (al no lograr siquiera identificar la originaria), el requisito de legitimidad exigido por el artículo 71 P de la LPI, esto es, el aporte artístico *diferenciador*, desaparece de la explotación en comento.

Así, el juez, como tercero objetivo e imparcial, deberá analizar si era razonablemente esperable que el público al cual se distribuyó o se comunicó públicamente la obra nueva conociera la obra originaria, para cerrar el ciclo de análisis de legitimidad de la parodia.

probable que el público objetivo de dicha comunicación pública haya leído completamente la obra de Cervantes, sí pueden reconocer la referencia al icónico personaje a través de su conocimiento de cultura popular, y razonablemente los parodiadores asumieron el riesgo que significa que el receptor no reconociera la obra original, apuntando a aspectos de la obra originaria que a estas alturas se encuentran en la cultura universal, y que a la vista de cualquier observador externo sí resulta evidente en su ejercicio paródico.

11.4 CAPÍTULO IV: DERECHOS DE AUTOR AFECTADOS POR LA PARODIA.

En el presente apartado analizaremos los derechos morales y patrimoniales afectados por la excepción del art. 71 P, conforme al concepto de parodia que se configura a partir de los elementos identificados a lo largo de esta investigación.

11.4.1.1 Derechos morales afectados

Las excepciones fueron concebidas como limitantes del derecho patrimonial de autor, no del derecho moral¹⁹¹, Aun así, puede apreciarse una afectación al derecho moral de autor en casi toda excepción. Un ejemplo de lo anterior, es el derecho de cita, que en general afecta el derecho a la integridad de la obra. El artículo 71 H presenta una evidente afectación al derecho de paternidad, y a grandes rasgos también las excepciones contenidas en los art. 71 N y 71 S, al permitir la comunicación pública de obras, afectan el derecho al inédito. La

¹⁹¹ HL 20435, p. 118, intervención de Fernando Ubierno (SCD)

parodia no está ajena a esta realidad y la afectación a los derechos morales de autor es aún más compleja que en los casos reseñados.

El autor de una obra parodiada es titular del derecho a la paternidad, a la integridad de su obra y al inédito. Existen sendas investigaciones enfocadas a dotar de contenido estos derechos, por lo que su estudio en profundidad será deferentemente delegado a aquéllas. Cuando el titular de la obra parodiada u originaria se encuentra con la parodia de su obra hecha sin su consentimiento, en torno a los elementos ya desarrollados de la parodia, la afectación a estos derechos ya ha ocurrido, y no depende de la actividad del titular de la obra originaria, sino de la forma en que el autor paródico realizó la parodia, el nivel de protección que tendrán los derechos morales que recaen sobre la obra originaria. Al encontrarse regulada la autorización convencional o legal del uso de las obras sólo en relación a los derechos patrimoniales, comúnmente el autor (y el usuario de la obra) sólo analizarán la afectación de este tipo de derechos. Para una mejor ilustración de esta afectación, se tratará por separado cada derecho moral.

11.4.1.1.1 Derecho de Paternidad

El derecho a la paternidad es el que se encuentra menos afectado por la forma en que opera la parodia. Como se ha sentado *supra*, la parodia no sólo no existe sin la obra previa u originaria, sino que se *nutre de ella* para validarse como tal.

El ejercicio paródico implica la referencia a la obra originaria y con ella a todas sus características esenciales, entre ellas, su paternidad. El parodiador busca que su público conozca la obra parodiada en todos sus aspectos para que la sátira o parodia funcione, por lo que en general buscará incluir la referencia al autor en la obra derivada, ya sea explícita o implícitamente.

La referencia al autor de la obra por regla general será implícita cuando la parodia verse sobre la obra originaria en sí, o sobre una circunstancia externa a ella, mientras que será explícita generalmente cuando la parodia se enfoque a la persona del autor. Esto debido a que la necesidad que tiene el autor paródico de que su público conozca la identidad del autor originario es distinta en uno u otro caso para lograr el efecto paródico deseado, como se ha señalado *supra*.

Así, conforme a los criterios de diferenciación entre obra originaria y obra nueva, aparece recurrentemente la referencia al autor originario como forma de marcar diferencias evidentes al receptor y crear distancia respecto a la obra parodiada.

Así, la única hipótesis por la cual este derecho se podría ver afectado implica que el parodiador haga pasar como propios elementos o parte o el total de una obra protegida, encuadrándolos en una obra de carácter paródico. Sin embargo, dicha utilización sería no más que una infracción a este derecho moral, y no podría ser amparado por la actividad paródica ni la excepción de parodia del art. 71 P, en cuanto tampoco cumpliría el fin propio de la parodia-excepción, cual es la crítica como manifestación de la libertad de expresión. Mal podría el parodista hacer pasar como propia una obra que pretende criticar, y así, no se configuraría siquiera la existencia de parodia en sentido alguno.

11.4.1.1.2 Derecho al Inédito

Tal como se señaló *supra*, la parodia necesita de una obra publicada para existir. En este sentido, el derecho al inédito es medianamente afectado. En caso alguno puede una parodia revelar parte de la obra que aún no ha sido comunicada al público. El hacerlo implicaría la pérdida de sentido total de la parodia, ya que como se señaló *supra* (11.3.4.2.3), es necesaria una referencia a la obra originaria, y por su parte el receptor de la obra paródica debe ser capaz de comprender el mensaje codificado por el autor en la parodia, y para

ello, el requisito mínimo es que la obra originaria haya sido a lo menos, publicada.

En definitiva, el derecho al inédito no se afecta por la parodia, en tanto ella debe versar sobre una obra ya publicada por su autor, y si no fuera el caso, simplemente no sería parodia, ya que es imposible que el autor parodiador se represente la idea que su público logrará hacer el ejercicio comparativo entre ambas obras, decantando así dicha explotación en una infracción no sólo al derecho patrimonial de transformación del autor originario, sino además en el de inédito. La excepción en análisis no puede amparar un uso de este tipo.

Al revelar parte de una obra no publicada, el falso parodiador se vería expuesto a las penas que contempla el artículo 79 y siguientes de la LPI por la comunicación o ejecución pública no autorizada de una obra o su interpretación.

11.4.1.1.3 Derecho a la Integridad de la obra

A primera vista, el Derecho a la Integridad sería el derecho moral más afectado por la parodia. Mediante la misma, se realiza una transformación, que termina por modificar la forma de expresión de la obra originaria, para entregar un mensaje o contenido totalmente distinto al de dicha obra, tomando

igualmente sus elementos esenciales, para que el público haga la correspondiente comparación.

Sin embargo, realizando un examen acucioso de lo que implica el derecho a la integridad de la obra, aparece que dicho derecho no versa sobre las obras derivadas de aquella creada, sino sobre aquellas que, modificando la obra de expresión, dicen ser la obra originaria propiamente tal, como la edición de una obra literaria en la que se modifique un capítulo completo de la obra, sin que ya guarde relación con el original manuscrito, o se elimine derechamente. Su ámbito de aplicación pues, no se da en el entorno de creación de obras nuevas derivadas de una original, sino en la mutilación o desnaturalización de una obra originaria, atribuyendo dichos cambios a la propia obra.

En tal sentido, una obra derivada, como viene a ser la parodia, siempre que respete el derecho a la paternidad, atribuyendo la creación de la obra originaria a un tercero (aspecto esencial de la misma, según se señaló *supra*), y al diferenciarse de la obra original por la introducción de una nueva forma de expresión que sólo toma algunos elementos de la originaria, no puede desnaturalizar o quitar efectividad al Derecho de Integridad, por lo que debe mantenerse siempre dentro de una dinámica sana y artística, respetuosa de la obra y el autor original, lo que se logra básicamente evidenciando la falta de

intención de denigrar o difamar¹⁹², y evidenciando la distancia necesaria entre la obra paródica y la obra originaria.

Ahora bien, respecto al daño intrínseco que toda parodia genera en la obra originaria y en su autor, PEREZ BES señala que el daño excesivo deslegitimaría la excepción, al ser un principio general del Derecho la intolerancia al daño a la propiedad ajena, o aún peor, a su honor o dignidad. A reglón seguido, dicho autor señala que el límite a este daño (que nunca será de agrado para el autor) viene dado por la *sensibilidad objetiva histórica de cada momento*¹⁹³. Esto implica que el ataque crítico que puede realizar la parodia contra la obra originaria o contra su autor podría lesionar el derecho a la integridad en la medida que los recursos utilizados para criticar a la obra originaria o su autor sean denigratorios o injustificados conforme a los criterios de razonabilidad que pueda establecer el tribunal para dotar de legitimidad al uso, referentes a la cantidad de material a utilizar, y el grado de agresividad en que se presenta la parodia, respecto a si lesiona o no derechos de la personalidad del autor originario.

¹⁹² SPITZ, Brad. Op. Cit. p. 102.

¹⁹³ PEREZ BES, Francisco. Op. Cit. P.370.

11.4.1.2 Derechos patrimoniales afectados

Ciertamente la parodia afecta el ejercicio de los derechos patrimoniales que otorga la creación de la obra. En este apartado se tratará la afectación al derecho a autorizar y recibir remuneración de los diversos derechos patrimoniales. Conforme se ha señalado *supra*, el derecho patrimonial se desmiembra conforme al artículo 18, en la autorización necesaria de la utilización de la obra para publicarla, reproducirla, adaptarla, ejecutarla públicamente o distribuirla al público. Pues bien, se analizarán las utilidades más relacionadas con la parodia, para establecer cómo ésta les afecta.

11.4.1.2.1 Autorización de la transformación

Respecto a la transformación, la parodia presenta la afectación más evidente. A través de la misma se genera una obra nueva, derivada de una originaria, de la que toma elementos en cuanto a su forma de expresión, haciendo la correspondiente referencia. Finalmente, la parodia realiza una transformación de la obra originaria, tomando elementos y adaptándolos a otro género, idioma, o simplemente modificándolos para obtener un resultado lúdico

o crítico que implica el juego comparativo con la obra original. De todo este ejercicio nace una obra nueva, de tal forma que, si la norma del artículo 71 P no existiese, podría pensarse que toda parodia se subsumiría en la utilización de la transformación y por ende, requeriría de autorización del autor. Es más, la doctrina es conteste en considerar la parodia una limitación al derecho de transformación^{194 195}, agregando incluso la jurisprudencia francesa que se trata de una “*transformación de una obra inmediatamente identificable*”¹⁹⁶.

Así las cosas, la parodia se configura derechamente como una excepción o limitación al derecho de transformación, eximiendo al parodiador de requerir esta autorización al autor de la obra originaria. La excepción es completa, esto es, basta que se verifique que la obra nueva tiene carácter de parodia para que proceda la eximición respecto a la autorización convencional. Punto aparte merece el tratamiento de la remuneración.

El artículo 71 P señala que la parodia será lícita cuando constituya un aporte artístico con las características ya latamente desarrolladas durante esta investigación. Pero olvida mencionar si esta utilización deberá remunerar al autor, o no existe necesidad de realizar tal remuneración. Para resolver tal disyuntiva, debe tenerse claridad respecto a la naturaleza de la excepción, la

¹⁹⁴ MONROY RODRÍGUEZ, Juan Carlos. Limitaciones y excepciones al Derecho de Autor. En Revista Interamericana de Derecho de Autor. Bogotá, 2007. P.184.

¹⁹⁵ PEREZ BES, Op. Cit. P. 364.

¹⁹⁶ SPITZ, Brad. Op. Cit. p. 92.

que viene dada por los derechos que afecta, aspecto tratado a lo largo de todo el presente título 11.4.1.2 de esta investigación.

Ahora bien, la parodia además es transformación creativa, toda vez que implica necesariamente la impregnación de elementos de originalidad que den lugar a una obra nueva para ser legítima. Por medio de la parodia se imita, se repiensa la obra, se modifica y se crea una obra derivada¹⁹⁷, por lo que la obra paródica propiamente tal resulta siendo una obra nueva o derivada en los términos señalados *supra*¹⁹⁸.

La protección que recibe la obra nueva tendrá la misma calidad de la obra originaria, esto es, el parodiador resultará titular de los derechos morales y patrimoniales respecto a la parodia-obra nueva, en la misma forma que el autor de la obra parodiada es titular de estos derechos respecto a su obra originaria¹⁹⁹.

Si bien existe un acuerdo en la doctrina internacional respecto al tratamiento de la parodia como excepción al derecho de transformación, existen autores que estiman que la parodia no implicaría una transformación por consistir en una simple reproducción o reelaboración de la obra anterior²⁰⁰. En el caso de BERCOVITZ²⁰¹ y SÁNCHEZ ARISTI²⁰², señala que la norma española que

¹⁹⁷ SOL MUNTAÑOLA. Op. Cit. (2005) p. 176.

¹⁹⁸ Ver 11.2.1.2.

¹⁹⁹ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p.177.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ BERCOVITZ, Germán. Obra plástica y derechos patrimoniales de su autor. Madrid, Tecnos, 1997. p.422.

consagra la parodia como excepción²⁰³ excluye a la misma de esta forma de explotación, evidenciando que no sería transformación. Pues bien, acorde a lo señalado por SOL MUNTAÑOLA, esto se debería sólo a un malentendido de la técnica legislativa, ya que este artículo vendría a contradefinir la naturaleza de la parodia, al evidenciar la necesidad de excluir la parodia del derecho de transformación, debido a que si dicha norma se suprimiese, la parodia calificaría como un caso de transformación, por lo que debería ser solicitada una licencia para su realización²⁰⁴. Respecto a la cantidad de material de la obra originaria utilizado en la parodia, y la originalidad que debe presentar la obra nueva, ver *supra* 11.2.1.1.1 y 11.3.4.1.3 respectivamente.

²⁰² SÁNCHEZ ARISTI, Rafael. La propiedad intelectual sobre las obras musicales. Granada, Comares, 1999. P. 481.

²⁰³ Artículo 39. Parodia. No será considerada transformación que exija consentimiento del autor la parodia de la obra divulgada, mientras no implique riesgo de confusión con la misma ni se infiera un daño a la obra original o a su autor.

ESPAÑA. Ministerio de Cultura. Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

²⁰⁴ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 177.

11.4.1.2.2 Autorización de la distribución y la comunicación pública

La distribución y la comunicación pública de la obra nueva implican necesariamente la difusión de contenidos y activos de propiedad intelectual que se encontraban presentes en la obra originaria, por ello se analizan juntas bajo el concepto de “difusión” de obras.

Resulta fundamental establecer si la difusión de contenidos, a través de su distribución o comunicación pública, está amparada en la excepción del artículo 71 P, y si esta excepción afecta entonces el derecho exclusivo del autor sobre la distribución y comunicación pública de las obras derivadas.

La parodia tiene por finalidad cierta comunicar un mensaje a un público que puede ser abierto o acotado, con la finalidad que este público realice la comparación paródica y comprenda esta adaptación. De esta forma, y conforme a lo analizado *supra*²⁰⁵, no tendría sentido una parodia que no fuera a ser comunicada al público o distribuida.

No se realiza una parodia para uso personal o familiar, ya que no presenta el ánimo de parodiar, que implica esta comunicación de un mensaje distinto al original, aprovechando elementos de la obra originaria. Por tanto, la comunicación pública o la distribución de la obra nueva forma parte esencial del ejercicio paródico, siendo parte de su naturaleza, dependiente e

²⁰⁵ En especial, ver 11.3.4.2.1 y 11.3.4.2.3.

inseparablemente. En definitiva, la excepción del artículo 71 P carecería de sentido práctico si sólo amparase la adaptación y no la comunicación pública de esta obra derivada.

Reafirma lo anterior el hecho que la obra paródica tiene vocación de ser difundida, por formar parte de un acto comunicativo humano. Al constituir el ejercicio paródico una forma de comunicación compleja, se requieren al menos dos personas que intervengan en él: un emisor y un receptor. Contado ya el autor parodista como emisor, el receptor de la obra paródica no puede ser excluido del análisis, porque necesariamente recibirá un mensaje codificado en clave de parodia. Asimismo, la obra paródica no nace para ser guardada en la intimidad del autor; quien la crea tiene la intención de comunicarla a un público, de manera de criticar junto a él una cosa, situación o persona en particular. No se concibe un ejercicio paródico sin difusión, y por otro lado, tampoco el autor podría tener noticia del ejercicio paródico que realice el parodiador si éste no publica su obra derivada, por lo que ante la disyuntiva que se plantea en esta investigación, comúnmente nos encontraremos ante obras paródicas ya publicadas o distribuidas.

Así, la actividad paródica inseparablemente unida a la publicación del producto de la misma, no puede ver agotado su análisis en la creación de la obra paródica, sino que la excepción debe además amparar la difusión del contenido creado. Ello repercute también en la forma de remunerar al autor de la obra originaria, ya que, al contemplar la publicación, la excepción del artículo

71 P de la LPI impide al autor oponerse a la difusión de la obra paródica, y por tanto sustrae de su control económico también dicha explotación. Ahora bien, como se señalará *infra*, la excepción de parodia debe ser remunerada, pero esta remuneración debe contemplar ambas explotaciones comprendidas en la misma excepción.

Un segundo fundamento a favor de que la difusión del contenido paródico sea también contemplada en la excepción viene por la justificación de la excepción misma en la Libertad de Expresión. Lo anterior, debido a que es justamente la libertad de informar, opinar (criticar), y comunicar dichas opiniones a terceros uno de los pilares que justifican legalmente la excepción de parodia. Si sólo se permitiera la creación paródica y no su difusión libre de la autorización del autor, el sinsentido resultaría evidente, puesto que estas obras no podrían llegar a ser expresión de esta garantía constitucional.

En resumen, tanto por un fundamento de carácter constitucional, un factor lógico del propio sistema de derecho de autor, como asimismo una razón de práctica del acto comunicativo paródico, la parodia no termina con la creación de la obra nueva, sino que contempla además una segunda explotación de la obra originaria, que se revela en la difusión de la obra nueva, que contiene elementos propios de aquella originaria, difundiéndonlos también.

11.5 CAPÍTULO V: REMUNERACIÓN AL AUTOR DE LA OBRA PARODIADA.

Este punto no es pacífico ni simple. Conforme a lo señalado *supra*, la regulación del uso de obras vía excepciones tiene variadas modalidades, siendo las principales la licencia obligatoria y la excepción de uso libre y gratuito. Como también se adelantó, conforme a una primera mirada, la regulación del Derecho Patrimonial se basa en la exclusividad de la facultad de autorizar las utilidades que pueda tener la obra, entregando este Derecho desde la creación misma de la obra, todo con protección de carácter constitucional. Así, para limitar este derecho, debe haber una norma de carácter legal que restrinja la aplicación o las prerrogativas que haya establecido nuestro ordenamiento a favor de los titulares de las obras. Dado que la parodia, como toda excepción, constituye un límite al derecho exclusivo del autor o a la cláusula de prohibición general de uso de obras, sus efectos deben estar suficientemente regulados en la Ley. Consecuentemente, es de esperar que las normas del Título III señalen claramente si la utilización que permiten requiere el pago de remuneración, o no será necesario dicho pago.

En este punto vuelve a tomar importancia la expresión “Será lícita la parodia” del artículo 71 P, que presenta una redacción análoga a las excepciones de los artículos 71 B, 71 C, 71 M, 71 O, y 71 Q. Esta redacción

contrasta con los dos estilos restantes, correspondientes a las normas permisivas (variantes de la expresión “se podrá”), de los artículos 71 D, 71 E, 71 I, 71 J, 71 K, 71 L, 71 Ñ, 71 R, Y 71 S; y a las normas afirmativas (cuya fórmula es una afirmación que cambia el *statu quo*), como aquellas de los artículos 71 F, 71 H, y 71 N. La redacción del artículo hace el llamado a que el acto completo de parodia o ejercicio paródico, que implica adaptar y difundir con los requisitos exigidos por el legislador, se considera lícito por éste y por tanto, no requiere de autorización previa para realizarse.

Ahora bien, dentro de las excepciones que comparten la misma fórmula para limitar el derecho patrimonial, esto es, aquellas de los artículos 71 B, 71 C, 71 M, 71 O, y 71 Q, salta inmediatamente a la vista que las primeras 4 de ellas indiquen expresamente que se trata de excepciones libres y gratuitas, señalando que son lícitas “sin remunerar ni obtener autorización del autor”. La carencia de dicha frase que afecta al artículo 71 P y 71 Q, si bien es decisora en cuanto debe tomarse como una decisión razonada por parte del legislador (parte de la técnica legislativa, y por ende, productora de efectos jurídicos), no basta en sí misma para establecer si el legislador considera que debe remunerarse por parodiar, o bien se trata de una excepción de uso libre y gratuito. Por ello, debe analizarse un fundamento de mayor envergadura y solidez que permita justificar un sistema remunerativo al autor de la obra parodiada, y establecido que deba remunerarse a dicho autor, determinar la forma de su remuneración.

11.5.1 Relación entre explotaciones autorizadas por la excepción y remuneración

El artículo 71 P de la LPI contiene una excepción de carácter complejo, que involucra la autorización legal de 2 explotaciones sucesivas de la obra parodiada: una transformación y una comunicación pública o difusión de dicha transformación. Las únicas excepciones que contemplan ambas explotaciones son aquellas contenidas en los artículos 71 C, 71 F, y 71 M (referida sólo a pequeños fragmentos), y todas ellas señalan expresamente que dichas explotaciones son libres y sin remuneración. Si bien en el apartado anterior rechazamos el método del descarte por sí mismo, es una constante que se repite desde cualquier óptica: prácticamente todas las excepciones que tienen algún elemento en común con la del artículo 71 P a ojos del legislador fue necesario indicar que eran gratuitas. Tal necesidad no aparece en cuanto a la parodia, por ende, existen dos posibilidades: a) El legislador no considera necesario indicar que es libre y gratuita, siendo esta última la regla general; o b) El legislador entiende que es remunerada, determinando que la gratuidad debe ser expresa. Por ello, deben buscarse razones sistémicas para justificar la gratuidad u onerosidad de la explotación, siendo la razón más evidente la naturaleza de las explotaciones autorizadas por el legislador.

Ya se señaló que las demás excepciones que permiten la transformación y la comunicación pública de obras en una excepción compleja han sido suficientemente reguladas en cuanto a su gratuidad. En el caso de la parodia, a diferencia de lo que encontramos en las excepciones de los artículos 71 C, 71 F, y 71 M, el sujeto beneficiario es un autor, artista o intérprete paródico, que utiliza las libertades de creación artística y de expresión para crear una obra o interpretación de la que luego se hará dueño.

En este punto es importante detenernos y marcar las diferencias de dichas explotaciones: tanto la excepción a favor de las personas con discapacidad, como aquella con fines educacionales tienen una expresa vocación de servicio gratuito a favor de un tercero, que excluyen el lucro o el fin comercial de la explotación. A su vez, la excepción del artículo 71 F tiene un marcado propósito de fomento a la difusión de la cultura mediante exposiciones abiertas de las reproducciones, o la reproducción de obras que se encuentran ya al alcance y apreciación de toda la comunidad, expuestas en lugares públicos.

La parodia por su parte, en los términos que se ha analizado en esta investigación a la luz del artículo 71 P, se presenta como una forma de explotación de obras que genera un derecho de propiedad intelectual nuevo para quien se beneficia de ella: el autor parodiador crea una obra nueva de la cual es titular exclusivo de sus derechos morales y patrimoniales, pudiendo a su vez, obtener ganancias tanto o más lucrativas que la propia obra originaria a la cual parodió. Dentro de dicho esquema propio del derecho de autor, la LPI le

otorga una herramienta al autor que le permite crear su propio patrimonio a costa del patrimonio intelectual ajeno, con ciertos requisitos legales.

Ahora bien, la remuneración al autor de la obra originaria posee potentes detractores en la doctrina internacional. Así, PERDICES HUETOS señala que tal obligación generaría un desincentivo creativo al parodiador²⁰⁶, mientras que BERCOVITZ señala que resulta incómodo para el Derecho que el autor de la obra originaria cobre por una explotación que no consiente y no quiere para su obra, y que incluso le causa daño, lo que no tendría nada de raro si se le compara a la mecánica que tiene en nuestro derecho la responsabilidad extracontractual, especialmente en lo concerniente a la determinación y cobro del daño moral. Por su parte, YONOVER señala que para cobrar remuneración debiese existir un ente centralizado, al que llama "*Parody Licensing Clearance Center*", al cual el parodiador podría acudir a negociar cada licencia para parodiar. Dicho autor rechaza tal idea por dos razones fundamentales: a) la imposición de una licencia obligaría al autor a aprobar la parodia y renunciar a su oposición; y b) si la parodia implica desobediencia y crítica mordaz contra la obra originaria, su autor o un tercero, el pago debido al autor de dicha obra afectaría en cierta forma el grado de transgresión que podría llegar a tener la obra paródica²⁰⁷. Todos estos argumentos contra la remuneración son

²⁰⁶ PERDICES HUETOS, Antonio. La muerte juega al Gin Rummy (La parodia en el derecho de autor y de marcas). Revista P e .i, núm. 4, 2000. P. 19 y 32.

²⁰⁷ YONOVER. The precarious balance: moral rights, parody, and fair use. Cardozo Arts and Entertainment Law Journal, vol. 14, 1996, pp. 111 y siguientes.

compartidos por SOL MUNTAÑOLA, quien principalmente opina que la imposición de remuneración afectaría la libertad creativa del parodista, tanto al momento de decidir hacer la parodia, como en su ejercicio, debiendo pagar una remuneración a quien le provoca daño²⁰⁸.

Conviene pues, analizar estos argumentos a la luz del derecho de autor chileno para demostrar si existirían o no inconvenientes a la hora de establecer como criterio de interpretación del artículo 71 P que la parodia debe ser remunerada. En primer lugar, respecto al desincentivo creativo, es necesario conocer con un mínimo de detalle la actividad artística para saber que el artista no sabe a priori a cuánto ascenderán los réditos que obtendrá por su trabajo. Una aproximación a tal idea se encuentra en el contrato de edición, donde el artista puede pedir adelantos por su trabajo o bases fijas de dinero frente al tiraje que producirá su obra, pero, aun así, su remuneración siempre dependerá del tiraje y/o la acogida del público. Así, el artista sólo tiene una mera expectativa respecto a los resultados económicos de su obra, por lo que frente a la certeza que le ofrece la suscripción del pago por el derecho a parodiar, se corregirán los precios de mercado de su obra o interpretación para seguir ganando conforme a sus expectativas.

Explicado de otra manera, la creación de parodias no debiera tener en su esquema creativo el factor monetario para su realización. Ello, pues al formar parte de un comportamiento naturalmente humano, en su origen no necesitó del

²⁰⁸ SOL MUNTAÑOLA, Mario. Op. Cit. (2005) p. 111.

fomento monetario para desarrollarse, y siempre existirá. Este comportamiento sólo puede verse afectado en cuanto a su desarrollo por factores que derechamente le impidan su existencia, o la liberen completamente. Un factor que impide su existencia es la presencia de un autoritarismo, totalitarismo, o cualquier tipo de régimen político que violente o suprima la Libertad de Expresión. De esta forma, una parodia creada jamás podrá ver la luz si apunta contra algún interés o poder (político, económico, religioso, etc.) que al régimen le interese proteger. La parodia en estos casos se ejercerá de forma clandestina, y difícilmente podrá el autor parodiador recurrir al aparato estatal (específicamente al poder judicial) para exigir los réditos de su trabajo. En resumen, la *conditio sine qua non* de la parodia en materia de fomento a su desarrollo es la libertad de expresión. Si ella existe, la parodia se desarrollará libremente.

Luego, el parodiador realiza su obra con el fin principal de compartir una crítica con su público. Es un acto comunicativo que interesa tanto al público como al autor mismo, siendo el vehículo de variados fines, comúnmente ligados a algún tópico valórico que el autor o artista quiera poner en manifiesto. De esta forma, como toda actividad artística, si bien el autor o artista debe poder vivir de su obra, el aliciente principal para la creación no es la remuneración, sino su inspiración, la necesidad de informar y el deseo creativo. La necesidad y el ánimo trasgresor de la parodia permiten llegar a esa conclusión, haciendo poco probable que el *leit motiv* del parodiador sea la ganancia que pueda obtener con

su obra, siendo un aspecto accesorio a la actividad paródica. Por ello, el aspecto económico no llega a un lugar residual, pero tampoco es el factor principal, o uno de los principales, que determine el desarrollo de la actividad paródica.

El mercado, a través de las empresas de la industria del espectáculo y las sociedades de gestión colectiva de derechos regularán los precios a los que se comercializan los derechos de autor que recaen en las obras paródicas, y se preverá el pago al autor de la obra originaria en los precios que los parodistas cobren, traspasando parte de dicho costo al consumidor final.

Por otra parte, establecer este criterio como una regla certera de interpretación del artículo 71 P, permite al parodiador tener certeza respecto al costo que deberá incurrir en la difusión de su obra, ya que de ser calificable de parodia bastará con que pague (con o sin la voluntad del autor de la obra originaria) los derechos correspondientes a su obra, y con ello evite un juicio posterior por el cobro -incierto- de remuneración, el que puede traer aparejado un costo mucho mayor al de la remuneración por la parodia en los términos que se determinarán *infra*. Así, la existencia de un criterio cierto y uniforme a favor de la remuneración no afectaría negativamente e desarrollo de la actividad paródica, sino que no contenta con no afectar significativamente su desarrollo, le entregaría mayor seguridad en su ejercicio.

Ahora bien, respecto al reclamo de “inmoralidad” que cabría a la hora de cobrar por algo no consentido por parte del autor de la obra originaria, resulta

extraña dicha objeción, atendida la mecánica económica del derecho de autor, y el cierre del debate sobre la moralidad de la indemnización del daño moral, que se trae a este debate de forma analógica. Así, el derecho patrimonial del autor de la obra originaria se ve limitado sólo en cuanto a la cláusula de prohibición general, permitiendo la utilización de la obra, mediando pago de remuneración, es decir, con la modalidad de una licencia obligatoria. Lo incómodo para BERCOVITZ proviene del hecho que el autor originario cobre una tarifa por una explotación que él no hubiera consentido. Pues bien, la naturaleza propia del derecho de responsabilidad extracontractual es el otorgamiento de efectos jurídicos a hechos que no hubieran ocurrido de mediar la voluntad de las partes, y, aun así, se les confiere el poder de crear relaciones jurídicas. En el caso de la licencia obligatoria, nos encontramos frente a un acto no consentido -la explotación paródica- que genera en su autor -el autor paródico- la obligación de resarcir -remunerar- los daños que este acto permitido por la ley genera en su víctima -el autor originario-, adquiriendo una estructura jurídica muy afín al cuasidelito civil regulado en el artículo 2284 del Código Civil.

Bajo esta estructura, la remuneración se concibe de forma análoga a la indemnización por el daño provocado con la explotación paródica. Ahora bien, como latamente se ha señalado en esta investigación, el derecho de autor no contempla la regulación del daño a la honra, el honor u otros bienes jurídicos a los que pueda afectar una obra paródica, sino los deberes y obligaciones que competen al especial derecho de propiedad que adquiere el autor mediante la

creación. Por ello, el análisis sobre el daño discurre sólo sobre la base del costo de oportunidad que arrebató la norma al autor mediante la privación de su más poderosa arma de negociación frente a la solicitud de explotación de su obra: la posibilidad de negarse y oponerse a dicha explotación. Al quitar esta posibilidad negociadora en pos de asegurar los bienes jurídicos de la libertad de expresión y de creación, debe resarcirse esta forma de expropiación (que afecta la manifestación principal del derecho patrimonial) mediante la remuneración que termina pagando el autor parodiador por la explotación de la parodia. A su vez, el cobro de estos derechos que puede hacer el autor de la obra originaria no contravendría ninguna convención social, toda vez que el valor de la oportunidad perdida de negociar, o costo de oportunidad de la misma, es totalmente traducible a un valor económico, el que se puede a lo menos presumir conforme el razonamiento que se expondrá más adelante, y que puede resarcir esta oportunidad perdida.

Ahora, respecto a la posición de YONOVER, si se creara una entidad recaudadora del pago de derechos, esta no sería otra que la sociedad de gestión colectiva que ya agrupe a los autores o intérpretes como aquel autor o intérprete parodiados si correspondiera, por lo que no existe justificación para crear un organismo autónomo dedicado sólo a la tasación y cobro de estos derechos, toda vez, que al menos en nuestro país, existen normas que otorgan derechos de carácter irrenunciable a las cuales puede atender el cálculo de la remuneración, y luego, si el autor no estuviera conforme con la remuneración

pagada, iniciar una acción legal, respecto a la creación misma del organismo, no se justifica en tanto ya existen entidades de gestión colectiva encargada de cobrar los derechos de los que son titulares autores y artistas, intérpretes o ejecutantes. Por otra parte, respecto a la supuesta “aprobación tácita” que haría el autor originario respecto a la obra paródica, conceptualmente resulta erróneo, ya que la aprobación a esta explotación es dada por el legislador de manera previa a su realización. Al autor sólo le compete cobrar su remuneración una vez que la explotación ya se ha producido, mientras sea actualmente exigible y no se encuentre prescrita.

Finalmente, en relación a la pérdida del carácter transgresor que sufriría la parodia con el pago de remuneración al autor originario que también postula YONOVER, basado en que, al ir contra el *establishment*, no podía ajustarse a sus reglas, en nuestro esquema remunerativo es el parodiador quien tiene el poder negociador en cuanto a la fecha y forma de pago, mientras el autor de la obra originaria no le requiera judicialmente, y es más, el autor de la obra originaria no tiene noticia de la realización de la parodia hasta que ésta se publica.

Así, no podría el autor de la obra originaria moderar o modificar el tenor de la obra paródica, toda vez que el derecho a la remuneración nace con la concreción del acto paródico completo, esto es, con su difusión, y sólo a partir de la misma podrá exigir su pago. Por ende, no existe una instancia de participación del autor de la obra originaria en la confección de la obra paródica,

y no puede extender su influencia sobre el parodiador si éste no se lo permite expresamente, a lo menos comunicándosele. Reafirma el punto anterior, el derecho moral de inédito, que permite al autor parodiador mantener en secreto su obra -incluso respecto al autor de la obra originaria- hasta publicarla.

En conclusión, a partir de los argumentos que ha planteado la doctrina internacional para descartar la remuneración al autor de la obra originaria, en base a la regulación de sus propios países, bajo la óptica del derecho de autor nacional chileno resultan iluminadores para fundamentar la necesidad de remunerar a dicho autor originario.

Lo anterior, sumado al criterio exegético desarrollado al principio de este apartado, resulta del todo armónico y acorde a nuestro sistema de derecho de autor que deba pagarse una remuneración al autor de la obra originaria parodiada.

Así, las explotaciones sucesivas que conforman la parodia, una transformación y posterior comunicación pública inseparables entre sí, son contempladas en una remuneración única por el ejercicio paródico completo, lo que guarda concordancia con el derecho al inédito del que es titular el autor parodiador, al que no podrá obligársele a exhibir la obra paródica de manera de determinar si la misma reviste o no carácter paródico. Esto implica que, al cerrarse el ciclo de explotación paródica con la difusión de la obra nueva, nace el derecho a la remuneración del autor originario, el que podrá también

impugnar el carácter paródico de la explotación a partir de la obra dada a conocer.

11.5.2 Fundamento económico y práctico del esquema de remuneración

La remuneración al autor de la obra originaria, en los términos expuestos *supra*, guarda completa consistencia con el sistema económico de derecho de autor, el que implica que el artista siga la suerte económica de su obra, por la vía de ser remunerado por las explotaciones que de ella se hagan. “La libertad del autor es cosa molesta, y su posibilidad de vivir de su obra, y de seguir la suerte de ella, así sea con fortuna o fracaso, es la esencia del derecho de autor.”²⁰⁹

A este respecto, es necesario recordar que la parodia-excepción funciona como una autorización previa otorgada por el legislador para su realización, sin embargo, al estar planteada como una licencia forzosa, si bien no puede el autor negarse a dicha explotación, debe ser remunerado por la misma. Ello tiene un sustento económico, toda vez que la explotación paródica derivará en

²⁰⁹ Schuster, Santiago. “El autor ¿un concepto en crisis?”. [en línea] http://www.scdbeta.scd.cl/cursos_prop_int/cursos/4/El%20autor%20un%20concepto%20en%20crisis-texto.pdf. [consulta: 15-01-2017]

la creación de una obra nueva. Dicha obra nueva tendrá un valor en tanto producto del intelecto como así también por el aspecto material de la misma. En definitiva, la obra nueva producirá derechos patrimoniales nuevos para el parodiador, los que tendrán un valor económico en el mercado, y cuya autorización de uso producirá remuneración al autor parodiador que cobrará una suma de dinero por tales explotaciones.

En definitiva, con esta herramienta legal correspondiente a la licencia obligatoria, el legislador posibilita al autor parodiador la creación de su fuente de trabajo y posterior publicación, mediante la expropiación al autor de la obra originaria, de la facultad de negarse a dicha creación y publicación.

Conforme a la misma mecánica del derecho patrimonial de autor, es quien realiza la explotación quien debe pagar la remuneración, y ésta se hará a las sociedades de gestión colectiva de derechos que correspondan, o directamente al autor cuando sea posible. En el caso de la parodia, el flujo de remuneración se hará desde el usuario final a la sociedad de gestión colectiva en que esté afiliado el autor parodiador o a éste, y luego de dicha sociedad o autor a aquella en que esté afiliado el autor de la obra originaria, a su representante, o a él directamente.

De esta forma, se asegura que el provecho económico de la parodia logre crear el incentivo suficiente al autor parodiador (asegurándole el resto del porcentaje de la remuneración que quede al pagar la debida al autor de la obra originaria), y corrija la aparente “falla de mercado” que implica quitar poder

negociador al autor de la obra originaria, asegurándole también una remuneración acorde al provecho que obtenga de su obra el parodiador. De este razonamiento se extrae también, que la determinación de la remuneración al autor de la obra originaria debe estar supeditada a la remuneración que obtenga el parodiador gracias a su propia obra, puesto que este será realmente el provecho que obtendrá quien específicamente realiza la explotación de la obra originaria, quien es el parodiador.

11.5.3 Criterios de determinación de la remuneración y *quantum* mínimo.

Conforme a todos los conceptos y razonamientos expuestos a lo largo de esta investigación, y establecido que existen razones sistémicas y económicas para remunerar al autor de la obra originaria o parodiada, debe determinarse el monto al que asciende dicha remuneración, si queremos establecer un análisis completo a la aplicación de la excepción del artículo 71 P de la LPI.

La remuneración es un derecho que asiste al autor, artista, intérprete o ejecutante, de carácter personal, y que comúnmente tiene su origen en el contrato de licencia por el cual éste autoriza la explotación que se realice de su obra. Por tanto, conforme a los principios generales del derecho de autor, la remuneración formará parte esencial del contrato de licencia, lo que se

establece en el inciso segundo del artículo 20 de la LPI. Dicha remuneración, según la misma disposición, no podrá ser menor a aquella establecida en el Reglamento que se dicte al efecto.

Ahora bien, dicho reglamento aún no se dicta, de hacerse, entregará mayores detalles sobre las explotaciones que son autorizadas por la excepción del 71 P, y sólo bastará encontrar la forma más afín de determinar la remuneración en base a las explotaciones paródicas ya descritas. Ante el escenario actual debemos pues, integrar esta norma con otras que tengan una función análoga a este reglamento, encontrándose así las reglas del contrato de edición y de representación presentes en la LPI, y en el tarifario que las diversas sociedades de gestión colectiva dispongan para el cobro de explotaciones análogas a aquella dispuesta por el artículo 71 P, siendo estos últimos criterios útiles e ilustrativos en la determinación del monto, pero no vinculantes.

Para cerrar el ciclo, no hemos encontrado en los tarifarios de las principales sociedades de gestión colectiva de derechos alguna tarifa referente a la autorización de la transformación de obras²¹⁰. Sí para la comunicación pública de las mismas, pero no es posible aplicar directamente dicho tarifario al caso de

²¹⁰ Fueron consultados los tarifarios de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, SCD; la Sociedad de Derechos Literarios, SADEL; la Entidad de Gestión Colectiva de Derechos de Productores Audiovisuales de Chile, EGEDA-Chile; la Asociación de Autores Nacionales de Teatro, Cine y Audiovisuales, ATN; la Sociedad de Gestión de los Creadores de Imagen Fija, CREAMAGEN; la Corporación de actores de Chile, CHILEACTORES; y la Sociedad de Productores fonográficos y Videográficos de Chile, PROFOVI, disponibles en sus respectivas páginas web, al 03-08-2016.

la parodia, toda vez que la obra originaria sufre una transformación que provoca que sólo ciertos elementos suyos sean parte de la obra que finalmente se difundirá. Por tanto, la forma de licenciar que presentan estos tarifarios no puede aplicarse a la lógica que presenta la explotación paródica.

Entonces, es necesario integrar la norma con el siguiente ejercicio: el artículo 50 de la LPI señala que cuando la remuneración convenida en el contrato de edición consista en una participación sobre el producto de la venta, esta participación para el autor no podrá ser inferior al 10% del precio de venta a público de cada ejemplar. Por su parte, el artículo 48 letra d) de la misma LPI, señala que este porcentaje de participación es el mínimo legal para este tipo de contrato.

Por su parte, en la regulación del contrato de representación, el artículo 61 de la LPI señala que a falta de acuerdo, la remuneración del autor cuya obra se comunica públicamente corresponderá a un 10% del valor total de las entradas de cada función, y un 15% de las entradas del día del estreno, descontados los impuestos que graven las entradas. Junto a aquello, el art. 62 de la LPI señala que si el espectáculo fuere radiodifundido, le corresponderá al autor 5% de lo cobrado por la publicidad por la emisora, y si no hubiere publicidad, un 10% de lo que recaude el empresario radiodifusor por transmitir.

A modo de norma de clausura, el artículo 86 de la LPI declara como irrenunciables especialmente los porcentajes indicados en las normas anteriores, por lo que a la hora de pactar cualquier licencia que implique la

autorización de explotación de obras en los términos del contrato de edición (que otorga licencia para reproducir, comunicar públicamente y distribuir la obra) y el de representación (que constituye una autorización para comunicarla públicamente), por lo que tales constituyen los mínimos que la ley contempla para este tipo de autorizaciones.

Ahora bien, dichos contratos nominados no contemplan la autorización a la transformación que implica la licencia forzosa de la parodia-excepción. Por ello, sirven como criterio ilustrativo de lo que entendió el legislador como precio mínimo o base razonables para que un autor autorice la comunicación pública o distribución de sus obras, explotación que también está contemplada en la excepción del artículo 71 P.

Las normas antes descritas tampoco distinguen si la obra que se comunica públicamente o distribuye se hace de forma íntegra o parcelada, por lo que la explotación de todo o parte de la obra genera en el autor el mismo derecho a remuneración según estas disposiciones legales. Ello es ilustrador, en tanto según lo desarrollado *supra*, la obra paródica siempre comunica públicamente o distribuye elementos de la obra originaria parodiada, de forma tal que al menos sea identificable por un receptor medio.

De esta forma, el lucro cesante producido por la autorización legal se compone al menos de este porcentaje mínimo irrenunciable que la misma Ley establece, siendo carga del autor probar una cifra mayor de remuneración de su obra, ya que sólo hasta este mínimo puede presumirse legalmente que toda

obra obtiene remuneración. En concreto, ante la falta de declaración legal, corresponderá al usuario probar que la excepción en la que se ampara su explotación es de uso libre y gratuito. Si el usuario no logra probar que su uso debe ser gratuito, se presumirá que la explotación debe ser remunerada, y que dicha remuneración fue del porcentaje mínimo irrenunciable, y si el autor reclama un lucro cesante mayor, deberá entonces probarlo.

De esta forma, siendo la comunicación pública parte necesaria de la parodia, y que además constituye el elemento que da origen al derecho a la remuneración, puede atenderse a estos parámetros mínimos establecidos por el legislador para determinar un *quantum* a lo menos presunto de la remuneración que se devenga a favor del autor de la obra originaria.

Así, el 5, 10 o 15 por ciento de las utilidades que genere la explotación, según la naturaleza de la misma, deben ser remuneradas al autor de la obra originaria, analogando la naturaleza de la difusión de los elementos de la obra originaria a aquellas objeto del contrato de edición o de representación, según el caso, para aplicar de mejor forma sus disposiciones. De esta forma, cuando la obra paródica se difunda a través de una comunicación pública o puesta a disposición de la obra, las reglas a aplicar serán las de el contrato de representación, mientras que cuando sea difundida a través de la distribución de ejemplares de la misma, las reglas a aplicar serán las del contrato de edición.

Estos porcentajes, cuyas cifras pueden ser menores o iguales a aquellas que correspondan al parodiador por la explotación que tenga su obra nueva, naturalmente deben ser aplicadas al monto de remuneración líquida que corresponda al autor parodiador, ya que él es quien realiza la explotación, y quien obtendrá el provecho de la misma, conforme a lo señalado *supra*. Sin perjuicio de lo que puedan acordar entre los autores parodista y originario, corresponde que el beneficio al autor de la obra originaria no sólo se calcule en base a la remuneración del autor de la obra nueva, sino que además se pague con cargo a dicha remuneración, toda vez que el acto voluntario de la creación de la parodia y su posterior publicación es provocado por el propio autor parodiador, bajo la autorización legal. A esta instancia cobra relevancia la analogía con la figura del cuasidelito civil, donde encontramos al responsable extracontractual como fuente de la reparación del daño causado. En sede de remuneración por la explotación paródica, es el propio autor parodista quien debe remunerar al autor de la obra originaria, lo que de todas formas no le privará del resto de la remuneración que obtenga.

CONCLUSIONES

Luego del esfuerzo por dotar de contenido, aplicabilidad y seguridad jurídica a la excepción del artículo 71 P, y en atención a que esta investigación pretendió desde su concepción entregar pautas para la resolución de casos jurídicamente relevantes en torno a la naturaleza de la parodia y la existencia del derecho a remuneración por su uso, en este acápite realizaré un recuento de las ideas principales a las que arribó esta investigación, conforme a las preguntas indicadas al comienzo de la misma, y el contenido que consta en el desarrollo de estas páginas.

En primer lugar, la parodia se presenta como fenómeno social. Bajo tal premisa, constituye un acto comunicativo, por el cual se ejerce la crítica, codificada en un lenguaje generalmente humorístico, que implica la imitación de un tercero ajeno a la comunicación, cuyas características, de conocimiento de los participantes en la comunicación, son objeto de la misma, ello implica un contenido de conocimiento de ambas partes, que se presenta en una comunicación codificada en clave de parodia.

Cuando dicho fenómeno social se desarrolla utilizando obras, nace la parodia- excepción, la que presenta la misma naturaleza de acto comunicativo, con la característica que utiliza la transformación de una obra (porque si sólo reprodujera un fragmento breve de la misma, nos encontraríamos frente al supuesto de la cita) para encriptar el mensaje crítico que pretende que el

receptor comparta. Dicha utilización de obras se justifica en aras de la libertad de creación y de expresión, que permiten extraer del autor, su facultad de negarse a la realización de la misma. De esta forma el legislador crea la excepción de parodia, la que naturalmente consistirá en la transformación y la difusión de la obra paródica, lo que conforma el ciclo paródico completo, identificándose la libertad de creación con la transformación y la libertad de expresión con la difusión de la obra. Sólo al hacer pública la obra se completa el acto de parodiar, que exige la decodificación de este lenguaje por quien accede a la obra paródica.

La parodia como excepción, entonces se identificará por los siguientes elementos: dentro de su dimensión objetiva, constituirá una transformación de obras, mediante la cual se creará una distancia apreciable entre una obra y otra, marcada por la evocación y la falta de confusión entre las mismas, y además publicará elementos de la obra originaria, presentando un aporte artístico diferenciador, materializado en la originalidad que el parodiador deberá imprimir en su obra nueva; en su dimensión subjetiva, se aprecia el ánimo de parodiar del parodista frente a la explotación, el que se manifiesta en la presencia de los elementos objetivos recién enunciados, y la intención creativa a la hora de realizar una obra indefectiblemente nueva, lo que el autor busca evidenciar en su nueva obra. El ciclo de esta explotación viene a ser cerrado por el receptor de la obra paródica, que como elemento subjetivo del acto comunicativo, debe contar con las herramientas razonablemente mínimas para

decodificar el mensaje que se le expone, en torno a presumir que ha tenido acceso mínimo a la obra parodiada, y que no puede prescindir de dicha obra parodiada para conocer su contenido a través de la obra paródica.

La parodia en estos términos afecta tangencialmente el derecho moral de integridad, dependiendo de su tenor, pero su mayor afectación es contra el derecho patrimonial de transformación y de comunicación pública o distribución de la obra, en un ciclo complejo de explotación que implica necesariamente la concurrencia de ambas utilidades, al tratarse de un acto comunicativo, y donde la última de ellas marca el momento en que se devenga el derecho a remuneración del autor de la obra originaria.

Los derechos de autor afectados por esta excepción son principalmente, en el ámbito de los derechos morales, el derecho a la integridad, lo que se observa por los ataques directos de la parodia a la obra originaria o al autor, pero no en cuanto a la integridad de la obra en sí, ya que por la naturaleza del ejercicio paródico el parodiador buscará evocar la obra original, pero no adueñarse de su forma de expresión, por lo que no será habitual que el autor cercene la obra, como asimismo va contra la lógica de la parodia que el parodista intente arrogarse la paternidad de la obra o sacarla del inédito, ya que necesariamente parodiará una obra publicada (para que sea conocida por los receptores de la obra) con un autor y forma de expresión que ya debe ser conocido por el público.

Finalmente, frente a la incertidumbre respecto a la remuneración al autor de la obra originaria, por razones tanto exegéticas, como sistemáticas y económicas, procede la remuneración a dicho autor. Se trata de la única excepción legal que contempla dos utilizations sucesivas de una obra, que aumentan necesariamente el patrimonio del usuario, creando derechos de propiedad intelectual sobre la obra paródica, limitándose a señalar el legislador sus elementos de licitud. A medida que los derechos de autor sólo pueden ser limitados por ley, el límite a las excepciones viene dado por las prerrogativas que en sentido estricto de la norma, y al no encontrar razones de peso para entender que el legislador haya establecido la parodia como un uso libre y gratuito, ha de entenderse como una licencia obligatoria. Tal forma de entenderla no sólo genera un círculo virtuoso de ingresos, sino que también otorga mayor seguridad jurídica a la actividad paródica.

La forma de determinar el monto de la remuneración dependerá de la naturaleza de la parodia, conforme a los mínimos irrenunciables que han sido establecidos en la LPI: si es una obra que se distribuya o se comunique públicamente, determinará si se ajustará a las normas del contrato de edición o de representación, atendiendo solamente a los porcentajes mínimos establecidos como irrenunciables por el legislador como remuneración presunta de los derechos que correspondan al autor originario, la que debe pagarse con cargo a la remuneración del autor parodiador. Todo ello, sin perjuicio de lo que

de todas formas puedan acordar los autores, sus representantes y sus sociedades de gestión colectiva de derechos.

Con esta pauta de criterios que provienen del examen tanto de la doctrina y jurisprudencia nacionales y extranjeras, más un examen profundo y reflexivo de las normas que rigen la utilización de obras protegidas por el derecho de autor, espero haber colaborado a la aplicación de estas disposiciones con una mayor certeza jurídica y contribuir al debate y la creación de conocimiento jurídico para nuestra sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Antequera, R. (2001). *Manual para la enseñanza virtual del Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Caracas: Escuela Nacional de la Judicatura.
- AQUINO, Ranhilio. 2006. *Intellectual Property Law: Comments and Annotations*. Quezon City – Filipinas, Central Books.
- ARÁNGUIZ, Eva Fanny de Jesús. 2014. *Propiedad intelectual, propiedad industrial y propiedad indígena: proyecto de actualización del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del código civil y sus leyes complementarias*. Memoria para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
- ARRABAL, Pablo. 2000. *Manual práctico de propiedad intelectual e industrial*. Barcelona, Ediciones Gestión 2000.
- BURR, Sherri L. *Artistic Parody: A Theoretical Construct*. En *Cardozo Arts & Entertainment* (14) 1996. Estados Unidos de América.
- CASAS Vallés, Ramón. 2007. *Los límites al derecho de autor*, *Revista iberoamericana de derecho de autor* (1)
- COLECCIÓN DE PROPIEDAD INTELECTUAL ESTUDIOS. 2005. Ed. España, Reus S.A.
- COLOMBET, Claude. 1997. *Grandes principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo. Estudio de Derecho comparado*. 3ª edición. Madrid, Unesco –Cindoc.

- COLUMBIA UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. The Columbia journal of law & the arts (6) 1980. Columbia, Estados Unidos de América.
- CORRAL. Hernán. 1996. Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito. Revista Chilena de Derecho. 23 (1), Derecho de Propiedad. Pontificia Universidad Católica de Chile
- CORREA Cardozo, Hernán. Retos del Entorno Digital al Régimen de Limitaciones y Excepciones. En Revista Interamericana de Derecho de Autor. CERLALC. Bogotá, Colombia, 2007. p.101.
- DURRANDE, Sylviane. La parodie, le pastiche et la caricature. En Mélanges en l'honneur d'André Françon, Dalloz. 1995.
- ESTREICHER, Samuel. Parody and Copyright Infringement. En Columbia Law Review (56). Columbia, Estados Unidos de América, Columbia University.
- FORDHAM UNIVERSITY SCHOOL OF LAW. Parody and the law of copyright. Estados Unidos de América.
- FRANÇON, Andre, Questions de droit d'auteur relatives aux parodies et productions similaires. Le Droit d'auteur, junio 1988.
- Golden Gate University. Copyright Law: In defense of parody. En Golden Gate University Law Review (57) 1987. Estados Unidos de América.
- GONZÁLEZ DE ALAIZA, José Javier, "Diccionario Jurídico de la Cultura: Parodia". Disponible en línea:

http://www.diccionariojuridicocultura.com/voces/parodia_6/6.GONZÁLEZ

Gandiaga, Nora. 2005. La parodia entre la ficción y la realidad en El Ingenioso Hidalgo don Quijote de la Mancha. En Revista Chilena de Literatura (67). Santiago, Facultad de Filosofía y Humanidades, Universidad de Chile.

- HERRERA Sierpe Dina, 1999. Propiedad intelectual derechos de autor Ley N° 17.336 y sus modificaciones, 2ª Ed. actualizada, Santiago, Ed. Jurídica
- HUTCHEON, L. (1992). Ironía, sátira, parodia. Una aproximación pragmática a la ironía. *De la ironía a lo grotesco*, 173-193.
- ÍÑIGUEZ, L. G. (1993). Los recursos de la estilización paródica en la obra cervantina. In *Actas del III Coloquio Internacional de la Asociación de Cervantistas* (pp. 191-200). Ministerio de Asuntos Exteriores.
- LOUGHLAN, Patricia. Looking at the matrix: intellectual property and expressive freedom. EIPR, 2002.
- MONROY Rodríguez, Juan Carlos. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor. En Revista Interamericana de Derecho de Autor. CERLALC. Bogotá, Colombia, 2007. p.184.
- MUÑOZ Leon, Fernando. 2013. ¿Es punible la parodia a través de twitter? En Revista Chilena de derecho y tecnología. Santiago, Centro de estudios en derecho informático, Universidad de Chile.

- PALMIRA MASSI, María. El humor es cosa seria. Discursos transgresores en la prensa alternativa norpatagónica. En Comunicación y medios N°18/ ISSN 0716-3991. Instituto de la Comunicación e imagen. Universidad de Chile. 2008. pp. 155-175.
- PÉREZ BES, Francisco. Aproximación a la Figura de la Parodia en el Derecho de la Propiedad Intelectual. En El derecho de autor y las nuevas tecnologías: reflexiones sobre la reciente reforma de la ley de propiedad intelectual. Coordinadores: Macías Castillo, Agustín, y Hernández Robledo, Miguel Ángel. 1a. ed. La Ley, Madrid, 2008. P.361
- POSNER, Richard. When is parody fair use?. En the Journal of legal Studies. Chicago, Estados unidos de América, University of Chicago.
- RODRÍGUEZ García, Gustavo. 2012. Lo que Barbie no supo: reflexiones sobre las parodias de marcas. En Anuario andino de Derechos Intelectuales (VIII). Lima.
- ROSE, Margareth. Parody: Ancient, Modern and Post-Modern. Cambridge University Press, 1993.
- SALDAÑA Ríos, Claudio. 1963. Las limitaciones al derecho de autor. Memoria para obtener el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Concepción, Universidad de Concepción, Facultad de ciencias jurídicas y sociales.
- SCHMIDT, L. (1998). *Propiedad Intelectual y sus fronteras: protección de arte e industria*. México : Becerra R.(1998) Compilador, Estudios del

Derecho Intelectual en homenaje al Prof. David Rangel Medina. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

- SCHMITZ, Christian. 2011. Legislación chilena de propiedad intelectual. Santiago, Ed. Jurídica. [en línea] [consulta: 15 noviembre 2015].
- SCHUSTER, Santiago. "El autor ¿un concepto en crisis?". Disponible en línea:
http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_4/EI%20autor%20un%20concepto%20en%20crisis-texto.pdf. [consulta: 3 octubre 2016].
- SOL Muntañola, Mario. El caso "De Wilde Weldoener": una oportunidad perdida para clarificar la excepción de parodia. Comentario a la STJUE de 3 de septiembre de 2014, C-201/13. En Boletín informativo del Instituto Interamericano de Derecho de Autor, abril 2015. Madrid, España.
- SOL Muntañola, Mario. El régimen jurídico de la parodia. Marcial Pons, Madrid, 2005.
- SPITZ, Brad. Derecho de Autor, copyright y parodia, o el mito del uso leal. En Revue Internationale du Droit D'Áuteur (204). París, Abril de 2005. p. 66.

Normativa Nacional y Tratados Internacionales

- Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC).

- Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio o “ADPIC” (también conocido como “TRIPS”, por su acrónimo en inglés), contenido en el D.S. N°16, de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N°35.169 de 17 de mayo de 1995.
- CHILE. Ministerio secretaría general de la presidencia. 2005. Texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 03 mayo 2014.
- CHILE. Ministerio de justicia. 2000. Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 10 octubre 2014.
- CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1970. Ley 17.336 de Propiedad Intelectual. Octubre de 1970. Modificada por la Ley 20.435, de 4 de mayo de 2010.
- CHILE. Ministerio de educación. 2013. Decreto 277: Reglamento de la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual. 27 diciembre 2013.
- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, revisión del texto original de 9 de septiembre de 1886, Bruselas el 26 de junio de 1948. Texto aprobado en 1973, mediante el D.S. 121 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 28.507 de 20 de marzo del mismo año.
- Convención interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas suscrita el año 1946 y fue ratificada por Chile, en

1954. Texto promulgado por el D.S. N°74 de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 23.202 de 21 de julio del mismo año.

- Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales. Unesco, París, 20 octubre 2005.
- Convención Universal sobre Derecho de Autor (UCC), Unesco, suscrita por Chile en la ciudad de Ginebra, el año 1952. Texto promulgado por el D.S. N°75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N°23.206 de 26 de julio del mismo año.
- Convenio OMPI, Estocolmo el 14 de julio de 1967. Texto aprobado el año 1975 por el D.L. N° 907, promulgado mediante el Decreto Supremo N°265 de Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N° 29.159 del 23 de mayo del mismo año.
- Decisión N° 351 Régimen Común sobre derecho de autor y derechos conexos, adoptada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, 17 diciembre de 1993, Gaceta oficial de la comunidad Andina N° 145, 21 diciembre de 1993.
- Historia de la Ley 17.336
- Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, promulgado por el D.S. N°326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N° 33.382, de 27 de mayo de 1989.

- Tratado sobre propiedad literaria y artística, firmado en Montevideo 11 enero de 1889.
- (OMPI), O. M. (s.f.). Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos .