



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

**GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES
DEL LIBRO Y LICENCIAMIENTO PARA BIBLIOTECAS Y ARCHIVOS**
**Proyecto de tesis para optar al grado de Magíster en Derecho
y Nuevas Tecnologías**

Alumno: Fabián Ignacio Aravena Canales
Profesor Guía: Claudio Magliona Markovitch

Diciembre, 2018

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.	5
I. ASPECTOS GENERALES DEL LIBRO COMO OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA Y DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS INTELECTUALES EN LA LEY N° 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.	9
1.1. El libro como objeto protegido por la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.	9
1.1.1. Generalidades.	9
1.1.2. La protección del libro por el derecho de autor.	10
1.1.3. Facultades que otorga el derecho de autor para el aprovechamiento económico del libro.	13
1.1.4. Las excepciones a la protección de los derechos intelectuales.	16
1.2. La gestión colectiva de derechos intelectuales.	19
1.2.1. Generalidades.	19
1.2.2. Historia de la gestión colectiva de los derechos intelectuales y el caso de Chile.	22
1.2.3. Actividades características de la gestión colectiva de derechos intelectuales.	27
1.3. Justificación de la gestión colectiva de los derechos del libro en función del uso realizado por bibliotecas y archivos.	36
1.3.1. El mercado del libro y la gestión colectiva para las bibliotecas y archivos usuarios.	36
1.3.2. Tratamiento de los usuarios de obras intelectuales según la Ley N° 17.336.	41
1.3.3. Bibliotecas y archivos como usuarios de obras intelectuales según la Ley N° 17.336.	42

II. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA GESTIÓN COLECTIVA DEL LIBRO TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.435.	47
2.1. La gestión colectiva del libro tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.435.	47
2.1.1. Panorama histórico de la gestión colectiva del libro en Chile.	47
2.1.2. La problemática jurídica para la gestión colectiva del libro en Chile tras la modificación a la LPI introducida por la Ley N° 20.435.	51
2.2. Estudio del régimen de excepciones a la protección de los derechos intelectuales introducido por la Ley N° 20.435 que inciden en la gestión colectiva del libro.	58
2.2.1. Características comunes de las excepciones para bibliotecas y archivos establecidas en la LPI.	58
2.2.2. Excepción para la reproducción de obras que no se encuentren disponibles en el mercado.	72
2.2.3. Excepción para la reproducción de fragmentos de obras a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo para uso personal.	80
2.2.4. Excepción para la reproducción electrónica de obras para su consulta gratuita y simultánea en terminales de redes de bibliotecas y archivos.	86
2.2.5. Excepción para la traducción de obras escritas originalmente en idioma extranjero cuyos ejemplares no han sido publicados en idioma castellano.	96
2.3. Crítica a las excepciones a la protección de los derechos intelectuales de la Ley N° 20.435 para bibliotecas y archivos sin fines de lucro y la gestión colectiva del libro.	103

III. SOLUCIONES Y PROPUESTAS PARA LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES DEL LIBRO EN RELACIÓN CON LAS BIBLIOTECAS Y LOS ARCHIVOS USUARIOS.	109
3.1. Planteamiento general.	109
3.1.1. Impacto de las excepciones establecidas en la Ley N° 20.435 para la gestión colectiva del libro en relación con las bibliotecas y los archivos sin fines lucrativos.	109
3.1.2. La necesidad de una nueva formulación de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro como solución a sus actuales insuficiencias y la gestión colectiva de los derechos intelectuales del libro.	113
3.1.3. Bibliotecas, archivos, educación, investigación y participación en la vida cultural.	115
3.1.4. Bibliotecas, archivos e Internet.	120
3.2. La conciliación entre las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro con la regla de los tres pasos.	124
3.2.1. La regla de los tres pasos para el establecimiento de excepciones a la protección de los derechos intelectuales.	124
3.2.2. Pautas para la calibración de las excepciones para bibliotecas y archivos según la regla de los tres pasos.	125
3.2.3. El establecimiento de licencias no voluntarias para el uso de libros por parte de bibliotecas y archivos.	137
CONCLUSIONES.	144
BIBLIOGRAFÍA.	147

INTRODUCCIÓN.

Chile posee un sistema de protección de los derechos intelectuales que, para el caso del derecho de autor, está compuesto por disposiciones provenientes de la propia Constitución Política de la República, los tratados internacionales suscritos y ratificados, la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y su Reglamento, además de otras leyes complementarias. Este conjunto de normas reconoce derechos intelectuales a las personas sobre sus creaciones originales en los ámbitos literario, artístico y científico -así como también derechos conexos o afines por ciertas producciones culturales-, entregándoles un derecho exclusivo para decidir sobre su explotación por parte de terceros usuarios.

Dados los elevados costos y la dificultad de negociación con múltiples titulares de derechos para la utilización de sus obras, prestaciones artísticas y aportaciones industriales protegidas que supone el sistema de protección de los derechos intelectuales, la Ley sobre Propiedad Intelectual permite la gestión colectiva de aquéllas, es decir la negociación y el otorgamiento de licencias para el uso de los objetos protegidos por estos derechos por parte de una organización especialmente facultada para representar a los respectivos autores, artistas intérpretes y ejecutantes, productores y demás titulares.

La gestión colectiva de derechos intelectuales sólo puede ser realizada en Chile por corporaciones chilenas de derecho privado cuyo objeto consista en la administración, protección y cobro de los derechos intelectuales, constituidas de acuerdo a las reglas generales establecidas en el Código Civil y que se encuentren autorizadas por el Ministerio de las Culturas, de las Artes y del Patrimonio.

Como administradoras de derechos intelectuales, las entidades de gestión colectiva (en adelante las “EGC”) deben observar estrictamente el marco jurídico que los regula, razón por la cual únicamente pueden otorgar licencias no exclusivas para aquéllos usos de obras y producciones -según sea el caso- que no se

encuentren afectos a excepciones o limitaciones a la protección de los derechos intelectuales, vale decir disposiciones establecidas por el legislador que liberan de pago o de necesidad de autorización determinadas utilidades que no atentan contra la explotación normal de estos bienes ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de sus titulares.

Con la Ley N° 20.435, el sistema de excepciones o limitaciones a la protección de los derechos intelectuales fue vigorizado para garantizar a ciertas personas y entidades la utilización gratuita de creaciones del dominio privado, ampliando el catálogo ya existente de este tipo de disposiciones. Entre estas medidas, el legislador estableció normas que actualmente benefician a la actividad de bibliotecas y archivos sin fines lucrativos, afectando especialmente al libro y a sus titulares de derechos. Es así que las bibliotecas y archivos establecidas en nuestro país que no tienen fines lucrativos pueden, sin que se requiera autorización del autor o titular ni pago de remuneración alguna, fabricar hasta un máximo de dos copias de una obra que no se encuentre disponible en el mercado en los últimos tres años para su preservación, en caso de existir un ejemplar en su colección permanente, para la sustitución de un ejemplar perteneciente a otra biblioteca pero que se haya extraviado o para incorporar un ejemplar de una obra dentro de su colección; efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal; reproducir en forma electrónica obras de su colección para ser consultadas gratuita y simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios, sólo en terminales de redes de la respectiva institución y en condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones; y traducir, para fines de investigación o estudio, obras originalmente escritas en idioma extranjero legítimamente adquiridas, cuando al cumplirse un plazo de tres años contado desde la primera publicación, o de un año en caso de publicaciones periódicas, en Chile no hayan sido publicadas debidamente en castellano.

Las disposiciones antes descritas permiten cuestionar la posibilidad de gestión colectiva respecto de los usos del libro por parte de las bibliotecas y archivos como instituciones usuarias, al punto de suponer un abandono por parte de nuestro legislador respecto de los autores y titulares de derechos de esta particular forma de expresión de las obras intelectuales.

Las escasas publicaciones que se refieren al tema no profundizan al respecto o bien llevan a entender que los titulares de derechos de autor del libro únicamente pueden ejercer el control de las reproducciones de sus obras en el mercado que tradicionalmente las comercializa, principalmente en librerías o a través de tiendas en la *World Wide Web*, gestionado por los agentes de la industria editorial, desestimando las amplias posibilidades que da el mercado del libro para los detentadores de derechos intelectuales.

Sin embargo, un estudio más detallado acerca de las disposiciones que gobiernan el uso del libro por parte de las bibliotecas y los archivos permitiría demostrar las hipótesis en que la gestión colectiva del libro es factible, de manera de dar certeza jurídica a los interesados en dicha actividad. De allí que el objetivo de la presente investigación consista en demostrar que esta clase de administración de derechos intelectuales es posible, de manera de definir las líneas en que ésta es posible en función de la actividad de bibliotecas y archivos sin finalidades de lucro, así como también determinar si el sistema chileno de protección de la propiedad intelectual supone una afectación injusta a los derechos garantizados en la Constitución Política de la República y los tratados internacionales suscritos y ratificados en relación con los derechos de autor, en especial atención a la situación a la explotación del libro. Sin perjuicio de lo anterior, al actualmente existir hipótesis en que la gestión colectiva de los derechos del libro puede verse entorpecida, esta investigación intenta proponer mejoras que permitan armonizar los intereses de acceso a la cultura y la investigación con la pretensión de los autores de percibir una compensación justa por el uso de sus creaciones intelectuales.

El primer capítulo de esta investigación tratará aspectos básicos vinculados a los derechos intelectuales y el libro, su mercado y las entidades que realizan gestión colectiva de aquéllos, de manera de contar con una base teórica para el tratamiento del principal tópico estudiado: la factibilidad de licenciamiento de los derechos de autor del libro a bibliotecas y archivos que operan en el territorio nacional y el rol que podrían cumplir las entidades de gestión colectiva para ello.

El segundo capítulo explorará el desarrollo de la gestión colectiva del libro en Chile. Además, en el entendido de que las excepciones en beneficio de bibliotecas y archivos juegan un rol fundamental para el licenciamiento de los derechos de autor del libro para estas instituciones, las estudiará en su conjunto y también una por una, con el objeto de conocer su sentido y ámbito de aplicación, de manera de definir su incidencia para la gestión colectiva de los derechos de autor del libro y detectar posibles problemas para su práctica.

El tercer capítulo explorará soluciones a los problemas encontrados en el apartado anterior, proponiendo cambios legislativos e institucionales y sugiriendo estrategias para el fortalecimiento de la gestión colectiva del libro bajo el panorama actual, además de proyecciones en torno a dicha actividad, inspirados en el efectivo respeto y protección de los intereses de los titulares de derechos en armonía con la finalidad de promoción de la actividad cultural y del acceso al conocimiento y a la cultura universal.

I. ASPECTOS GENERALES DEL LIBRO COMO OBRA INTELECTUAL PROTEGIDA Y DE LA GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS INTELECTUALES EN LA LEY N° 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

1.1. El libro como objeto protegido por la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

1.1.1. Generalidades.

Pocas disposiciones en la LPI aluden al libro, siendo la más explícita de ellas el numeral 1) de su artículo 3, el cual declara expresamente que “Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: 1) Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sean su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y compilaciones de toda clase”. Sin embargo, aun cuando la LPI dedica un extenso artículo 5 a la definición de ciertos términos, no presta una para el libro¹, sumándose a la tendencia de los tratados internacionales² y de las legislaciones nacionales a no restringir conceptualmente, para los efectos de entregar la protección propia del derecho de autor, lo que debe entenderse por una u otra categoría de obra. Por el contrario, la mención al libro como una especie de obra protegida apunta a descartar cualquier limitación relativa a la forma de expresión de las obras como condición para su protección³.

¹ La legislación chilena contempla una definición de “libro” aplicable únicamente a la normativa del Fondo de Fomento del Libro y de la Lectura, establecida en la Ley N° 19.227, de acuerdo a la cual se entiende por tal toda “publicación unitaria impresa, no periódica, que se edite en su totalidad de una sola vez, o a intervalos en uno o varios volúmenes o fascículos, incluidas las publicaciones científicas, académicas o profesionales con periodicidad no inferior a bimestral”, que cumpla con las finalidades de “incremento y la transmisión de la cultura, el desarrollo de la identidad nacional y la formación de la juventud” (artículo 2, letra a).

² El punto 1 del artículo 2 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas menciona al libro como una categoría de obra literaria o artística protegida en función de su forma de expresión.

³ Así lo indica la Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971), publicada por la OMPI en 1978, en su párrafo 2.1.

La falta de definición del término “libro” en la LPI no redundaría necesariamente en una situación de incerteza jurídica irresoluble, pues en tanto este término resulte oscuro en su aplicación práctica, su sentido y alcance vendrá a ser determinado de acuerdo a las reglas de interpretación de la ley existentes en la propia LPI como norma especial y en el Código Civil como norma general y supletoria.

Ahora, sin perjuicio de las disquisiciones que puedan ser efectuadas de acuerdo a las normas sobre interpretación jurídica, es posible observar que el libro no se identifica forzosamente con las llamadas obras literarias, que son aquellas que tradicionalmente se expresan por escrito⁴, sino que constituye un particular contenedor de textos, imágenes u otros signos susceptibles de ser representados gráficamente, sean o no obras intelectuales, estén o no protegidas por el derecho de autor, en forma física. En este sentido, es posible caracterizar al libro, en cuanto a su materialidad, como un soporte de uno o más trabajos intelectuales de cualquier género o categoría, frecuentemente textos, por medio de su impresión o grabado en numerosas planchas compaginadas de papel u otro material idóneo, más o menos del mismo tamaño y de la misma forma⁵.

De lo anterior es posible colegir una dimensión abstracta del libro, de acuerdo a la cual éste constituye una particular forma de expresión de las creaciones intelectuales del hombre, es decir un constructo o representación ideal de acuerdo a la cual se manifiestan determinadas creaciones intelectuales en la que es esencial la consecución de un conjunto de páginas encuadernadas que forman una unidad. De allí que uno pueda predisponerse a escribir y publicar un libro, independientemente de su contenido, diferenciando esa idea de cualquier otra forma particular de expresión de las creaciones intelectuales, así como también distinguir el libro electrónico de otros documentos virtuales que contienen representaciones visuales similares.

⁴ LIPSZYC, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones UNESCO - CERLALC - ZAVALÍA, 2.005, p. 70.

⁵ Así, el Diccionario de la Lengua Española define al libro, en su primera acepción, como un conjunto de muchas hojas de papel u otro material semejante que, encuadernadas, forman un volumen.

Ambas conceptualizaciones del libro admiten que su contenido puede abarcar expresiones culturales de la más variada índole en tanto sean susceptibles de representación gráfica: en el libro es posible plasmar signos, dibujos, diagramas, fotografías, mapas, planos, entre otras manifestaciones visuales de las palabras, conceptos e imágenes que sus autores o responsables deseen fijar y comunicar.

En estos términos y para los efectos de esta investigación, el libro denomina a una forma de expresión de las creaciones del hombre, así como también al soporte unitario en que ésta se materializa, que se distingue de otros por la representación visual de textos, palabras, ilustraciones, diagramas, imágenes u otros signos figurativos a través de su impresión o grabado en láminas compaginadas de papel u otro material.

1.1.2. La protección del libro por el derecho de autor.

El libro, en cuanto soporte, admite dentro de su estructura y contenido la cohabitación de aportaciones no protegidas por el derecho de autor y obras intelectuales cuya protección es independiente de la de éste. Esto hace que el libro frecuentemente aparezca como una realidad compleja, consistente en la ordenación inteligente de obras intelectuales y objetos no protegidos. Sin embargo, esta estructuración no transforma al libro en un objeto de protección, pues la mera yuxtaposición de contenidos o aportaciones intelectuales, protegidos o no, no deviene necesariamente en una obra intelectual independiente.

De conformidad al primer artículo de la LPI, el libro y las aportaciones que integran su contenido gozarán de la protección del derecho de autor en la medida en que correspondan a obras de la inteligencia humana en los dominios literario, artístico o científico. De lo anterior se extrae que para que nazca el derecho de autor sobre un libro y sobre sus contenidos, éstos necesariamente deberán ser creados

por un ser humano. En consecuencia, la ley chilena reconocerá el derecho de autor sobre un libro o sus contenidos en tanto, en primer lugar, éstos hayan adquirido materialidad⁶ y, en segundo lugar, correspondan a una creación de autor en los campos literario, artístico o científico⁷.

En función de estas consideraciones, el hecho de incorporar en la estructura del libro un dibujo de portada cuya autoría corresponde a una persona distinta de los autores del texto principal no convierte en autor del libro a la persona que realizó la labor de asociar o ligar en una misma unidad las referidas obras intelectuales. En cambio, de la selección y disposición original de las obras que dan contenido a un libro nacen los derechos del autor de las antologías, crestomatías y compilaciones de toda clase que adquieren vida a través del libro y que son protegidas de manera independiente⁸.

⁶ En relación con este requisito para la protección del derecho de autor y siguiendo a LIPSZYC, éste protege las creaciones formales, vale decir la exteriorización de su desarrollo en obras concretas aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según el género al cual pertenezcan, y a su regular utilización”. Así, el libro cumplirá este requisito en cuanto se materialice como tal en un soporte concreto, sea este físico o virtual, bajo la forma de un libro. Lo mismo ocurrirá con los trabajos creativos que estructuren su contenido (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 62).

⁷ Este requisito de protección, denominado comúnmente “originalidad”, supone un acto creador del hombre y, por lo tanto, niega resguardo a todas aquellas manifestaciones no humanas y a aquellas que aun siéndolo no pertenezcan a los ámbitos literario, artístico ni científico. Parfraseando a ANTEQUERA, la originalidad consiste en el sello personal o impronta que el autor estampa en la particular forma de expresión de su creación intelectual, diferenciándola tanto de otras del mismo género como del trabajo intelectual que no produce un resultado creativo. Por lo tanto, el derecho de autor no cubre a los hechos que no son obra del hombre, como las migraciones de ciertas especies o los fenómenos geofísicos y del clima, así como tampoco a aquéllos que aun cuando emanen de su labor, no pertenezcan a los dominios mencionados, como los sucesos de la historia de la humanidad, las costumbres, las hipótesis y las ideas no expresadas (ANTEQUERA, Parilli, Ricardo. Derecho de Autor. Tomos I y II. Segunda Edición. Caracas, Venezuela. Editorial Venezolana, 1.998, p. 140).

⁸ De allí arranca su mención en el numeral 1) del artículo 3 de la LPI.

1.1.3. Facultades que otorga el derecho de autor para el aprovechamiento económico del libro.

El derecho de autor confiere a el o a los autores del libro y de cada una de las obras plasmadas en su contenido tanto el derecho moral, para reclamar su paternidad e integridad⁹ -entre otras prerrogativas-, como el derecho patrimonial, que permite a los titulares explotar comercialmente sus obras.

El derecho moral, como ha sido mencionado, se relaciona con la paternidad y la integridad de la obra, prerrogativas que se encuentran vinculadas con los atributos de la personalidad de los autores¹⁰ y que, por lo tanto, son indisponibles para sus titulares¹¹.

El derecho patrimonial otorga a sus titulares “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”¹². Este derecho también emerge de la creación de la obra, de manera que su primer titular es el autor. Así, el artículo 17 de la LPI declara que estos derechos pueden ser aprovechados directamente por su autor o por un cesionario, lo que conlleva a admitir que es posible constituir titulares secundarios a cualquier título, sea por acto entre vivos, por causa de muerte o por un acto soberano¹³. Se sigue que los derechos patrimoniales son comerciables, pues el autor los puede transferir total o parcialmente y autorizar el uso de la obra a terceros gratuitamente o a cambio de una contraprestación¹⁴.

⁹ Artículo 14 de la LPI.

¹⁰ El ordenamiento jurídico nacional reconoce el vínculo entre la obra y su creador, el cual se expresa, entre otras formas, en la asociación que existe entre la obra y el nombre o seudónimo de su autor, como asimismo con los derechos de la personalidad reconocidos constitucionalmente. DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General. Cuarta Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2.005, p. 119 y ss.

¹¹ El artículo 16 de la LPI declara que los derechos morales “son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario”.

¹² Artículo 17 de la LPI.

¹³ El artículo 7 de la LPI indica categóricamente que es titular originario del derecho “el autor de la obra” y que es titular secundario del derecho “el que la adquiera del autor a cualquier título”.

¹⁴ Artículo 20 de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

Es en virtud del derecho patrimonial que los titulares del derecho de autor pueden conceder licencias a terceros para el uso de sus libros u obras contenidas en él, según sea el caso, mediante su publicación de acuerdo a un contrato para su edición, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público; su reproducción total o parcial por cualquier medio o procedimiento en ejemplares impresos, electrónicos o en cualquier otra forma de representación visual o plástica; la distribución de sus ejemplares al público mediante la venta o cualquier otra transferencia de propiedad; su adaptación a otro género de las artes y de la literatura; su modificación total o parcial, incluida su traducción; su comunicación pública y puesta a disposición a través de documentos electrónicos en cualquier formato; y, en general, cualquier otra forma de explotación económica que importe una utilización total o parcial de la obra que no se encuentre liberada de necesidad de autorización y remuneración de conformidad a las excepciones a la protección de la propiedad intelectual.

Usualmente, el derecho patrimonial de autor es vinculado a ciertos usos que se encuentran expresamente contemplados, definidos y resguardados en la ley: la reproducción, la distribución, la transformación incluida la traducción y la comunicación pública, que comprende la radiodifusión y la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros de éste puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija¹⁵. En función de ello, es frecuente que la ley, los tratados internacionales y sus estudiosos denominen los privilegios para efectuar estos usos como derechos específicos comprendidos dentro del derecho patrimonial, refiriéndose así a los derechos de reproducción y distribución, por ejemplo, dando a entender que aquél es un conjunto de facultades para realizar ciertas utilidades enumeradas taxativamente. No obstante, en nuestro sistema de protección de la propiedad intelectual, el derecho patrimonial comprende además toda forma de explotación de las obras intelectuales conocidas, tales como el alquiler o el préstamo, así como también aquellas que no se conozcan

¹⁵ Artículos 5 y 18 de la LPI.

en la actualidad pero que eventualmente aparecerán en el futuro. Así se desprende del numeral 25 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que reconoce a todas las personas el derecho de autor y la propiedad sobre sus obras, vinculando este derecho a los atributos del dominio¹⁶, y de los artículos 17 de la LPI, que admite sin restricciones el derecho del titular a autorizar cualquier uso de sus obras por terceros, en concordancia con el artículo 19 del mismo cuerpo legal, que no distingue entre las modalidades de utilización del artículo anterior y otras no previstas por el legislador para declarar en forma tajante que “nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor”.

Al contrario de lo que ocurre con el derecho moral, el derecho patrimonial de autor tiene una duración limitada. Este plazo de protección se encuentra establecido en los artículos 10 y siguientes de la LPI, que indican que su extensión, por regla general, comienza con la creación de la obra y termina a los 70 años contados desde el fallecimiento de su autor o del último de sus coautores sobrevivientes. Concluido este plazo, las obras intelectuales pasan a integrar el patrimonio cultural común o dominio público, por lo cual cualquier persona podrá utilizarlas siempre y cuando se respete su paternidad e integridad¹⁷.

Por cierto, el derecho patrimonial de autor puede ser ejercido directamente por su titular así como también por sus representantes. En función de ello, tanto en

¹⁶ Sobre este punto es necesario aclarar que los derechos morales como los de orden patrimonial que nacen de la creación de la obra no revisten la misma naturaleza que el derecho de dominio, aun cuando la propiedad juega un importante rol en la vinculación existente entre el autor y los derechos sobre sus obras, pues los autores se hacen dueños de sus derechos morales y patrimoniales de acuerdo a las reglas generales establecidas para los bienes incorporales y no de su obra literaria, artística o científica. BURGOS Osorio, Felipe Andrés. *Innovación – Su promoción a través de la Propiedad Intelectual, Subsidios e Incentivos Tributarios*. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2.010, p. 79 y ss. DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. *Propiedad Intelectual, Teorías y Alternativas*. En: *Temas Actuales de Propiedad Intelectual – Estudios en Homenaje a la Memoria del Profesor Santiago Larraguibel Zavala*. Segunda Edición. Santiago, Chile. Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2.007, p. 56 – 57. GUZMÁN Brito, Alejandro. *Los Derechos sobre las Cosas Intelectuales o Producciones del Talento y del Ingenio*. En: *Estudios Dogmáticos de Derecho Civil*. Valparaíso, Chile. Ediciones Universidad de Valparaíso, 2.005, p. 53 – 81.

¹⁷ Artículo 11 de la LPI.

la legislación nacional como en la comparada es posible encontrar normas para la facilitación de la administración conjunta de los derechos intelectuales de los diversos titulares de derechos por medio de las EGC, las que serán estudiadas en varios de sus aspectos a lo largo de esta investigación.

1.1.4. Las excepciones a la protección de los derechos intelectuales.

Como contrapartida a las amplias facultades que otorgan los derechos intelectuales a sus titulares para excluir a terceros de la utilización de sus obras o prestaciones conexas del dominio privado, las legislaciones establecen limitaciones o excepciones a la exclusividad de su ejercicio, las cuales buscan mitigar las externalidades negativas de ello, de manera de garantizar el disfrute de otros derechos y la realización del hombre a través del progreso cultural¹⁸.

Los tratados internacionales que versan sobre derechos intelectuales armonizan con lo antedicho y reconocen a los Estados la posibilidad de restringir el ejercicio de éstos. Así, el Convenio de Berna, en su artículo 9.2 declara expresamente que “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”; el artículo 10 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (en adelante también “WCT”) amplía el campo de acción para las limitaciones y excepciones a la protección del derecho de autor dispuesto en el Convenio de Berna, al permitir a las Partes Contratantes establecer limitaciones y excepciones para “ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado

¹⁸ LIPSZYC, de acuerdo con Delgado Porras, explica que la justificación de las limitaciones o excepciones a protección del derecho de autor “radica en una composición equitativa, cuando no legítima, de la tríada de intereses concurrente en las producciones intelectuales, a saber, los del autor, los de los exploradores empresariales de las obras y los del público en general (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 219).

a los intereses legítimos del autor”; en términos similares, el artículo 13 de los Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante también “ADPIC”) permite a los Estados instituir limitaciones y excepciones al ejercicio de los derechos de autor y conexos, siempre y cuando éstas no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los titulares de derechos. Lo expuesto no excluye la existencia de una relación entre los derechos intelectuales y los derechos de acceso a la cultura y a la información, pero sí descarta toda unidad o interdependencia¹⁹.

Las limitaciones o excepciones a la protección de los derechos de autor y conexos, en adelante “las limitaciones” o “las excepciones”, se sostienen de la función social del derecho de propiedad²⁰ y en el deber del Estado de promover el bien común. Luego, éstas se derivan del resguardo del interés general y del deber constitucional del Estado de contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece, como indica expresamente el artículo 1 de la Constitución Política de la República. En este sentido, las limitaciones y excepciones no solo se basan en el reconocimiento de derechos humanos, sino también en otras finalidades del Estado asociadas a la consecución del bien común y la protección de ciertos bienes jurídicos no tutelados necesariamente en forma expresa por la Carta Fundamental, mediante acciones como el fomento, impulso y refuerzo de la investigación y la educación, ligada a las llamadas excepciones de cita, de ingeniería inversa sobre programas computacionales y a aquéllas que

¹⁹ ÁLVAREZ y CORREA sostienen que del vínculo entre los derechos intelectuales y el derecho de acceso a la cultura se extrae que el derecho de autor es un derecho humano de doble dimensión que importa, por una parte, garantizar a todas las personas el “derecho de participar” o el “derecho a tomar parte” libremente en la vida cultural de la comunidad, y por la otra, “el reconocimiento que deben hacer los estados del derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y patrimoniales resultantes de las obras que crea”. ÁLVAREZ Valenzuela, Daniel y CORREA Pérez, Marco. La doble dimensión del derecho de autor: el acceso a la cultura y los derechos de autor. En: Revista de Derecho Público, Vol. 85. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2016, p. 20 – 21.

²⁰ WALKER Echenique, Elisa. Manual de Propiedad Intelectual. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2014, p. 194.

permiten la toma de notas de las lecciones dictadas en instituciones de educación; la garantía del disfrute pacífico de la visualidad de los espacios públicos, resguardada por la llamada libertad de panorama; el aseguramiento del acceso a todos los bienes culturales a aquéllas personas con discapacidad visual, auditiva o de otra clase que le impidan el normal acceso a la obra; así como también el acceso a las obras intelectuales y producciones industriales que se encuentren dentro del plazo de protección de los derechos de autor y conexos a la comunidad por medio de las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos, que interesa particularmente a esta investigación.

Es así que el sistema chileno de protección de los derechos intelectuales, en consonancia con los instrumentos internacionales citados, concibe que su ejercicio pueda ser limitado en la medida en que así lo establezca la ley, bajo las condiciones establecidas en el numeral 25 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, que ordena al legislador regular el plazo de protección del derecho de autor, el cual no podrá ser inferior a la vida de éste, y especificar el contenido, extensión y forma de ejercicio de la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra. De esta forma, la LPI dispone todo su Título III a la regulación de las excepciones o limitaciones a la protección del derecho de autor y de los derechos conexos, por medio de las cuales los usuarios de los objetos protegidos pueden efectuar ciertos usos particularizados sin necesidad de autorización o pago de tasa, regalía, tarifa o remuneración alguna a sus titulares de derechos, por entenderse que éstas utilizaciones no importan un atentado contra la explotación normal de aquéllos ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de éstos.

Las limitaciones o excepciones suelen configurarse en dos formas típicas: las que permiten el uso libre y gratuito de los objetos sobre los que recaen y las llamadas licencias no voluntarias, que facultan la utilización de obras y prestaciones conexas, estando sujetas a una contraprestación que toma la forma de un derecho

de remuneración para los titulares de derechos²¹. Básicamente, la LPI destina todo su Título III a las excepciones o limitaciones de la primera clase, desconociendo el mecanismo de las licencias no voluntarias, las cuales aparecen en su artículo 67 para la comunicación pública de fonogramas, de acuerdo al cual los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de esta clase de fijaciones tendrán derecho a cobrar una remuneración a través de la EGC que los represente.

1.2. La gestión colectiva de derechos intelectuales.

1.2.1. Generalidades.

LIPSZYC, al observar la gestión colectiva de derechos intelectuales, la caracteriza como “el sistema de administración de derechos de autor y de derechos conexos por el cual sus titulares delegan en organizaciones creadas al efecto la negociación de las condiciones en que sus obras, sus prestaciones artísticas o sus aportaciones industriales -según el caso- serán utilizadas por los difusores y otros usuarios primarios, el otorgamiento de las respectivas autorizaciones, el control de las utilidades, la recaudación de las remuneraciones devengadas y su distribución o reparto entre los beneficiarios”²². En efecto, la gestión colectiva corresponde a un sistema que involucra la relación entre los titulares de derechos intelectuales y las organizaciones que la realizan, así como la de estas últimas con los usuarios de los derechos intelectuales, de la cual emergen las obligaciones de la vigilancia del uso de su repertorio, la suscripción de los respectivos contratos de licencia a título oneroso y la distribución justa de lo percibido entre los titulares de derechos afiliados.

La gestión colectiva de derechos intelectuales encuentra su fundamento en la disminución de los altos costos económicos y personales que importa el ejercicio

²¹ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 220.

²² LIPSZYC, *op. cit.*, p. 407.

efectivo de estos derechos para cada uno de sus titulares en relación con determinadas formas de explotación, así como también aquellos asociados a la vigilancia de la utilización de sus obras o producciones resguardadas por los derechos conexos por parte de terceros autorizados dentro de los parámetros de la respectiva licencia, por terceros en función de las limitaciones y excepciones a la protección de los derechos intelectuales, así como también por aquéllos terceros que explotan estas obras o producciones del talento y de la industria fuera de toda legalidad; a su vez, el legislador entiende que resulta más efectiva y eficiente la administración de estos derechos por parte de organizaciones encargadas de reunir un repertorio de objetos protegidos, de manera de facilitar el control efectivo de su uso y la negociación de licencias²³. Desde el punto de vista de los usuarios de las obras intelectuales y de las prestaciones protegidas por los derechos conexos, la gestión colectiva soluciona el problema de localizar a cada titular para la discusión de los términos de las autorizaciones que requieran en función del desarrollo de las actividades de su interés, además de los desmedidos costos que se derivarían de ello.

La gestión colectiva supone la asociación de titulares de derechos intelectuales de determinadas categorías de obras o producciones protegidas, quienes unen sus esfuerzos para la administración de un repertorio conformado por un conjunto de ellas, cuyo empleo es ofrecido a sus usuarios actuales y potenciales a cambio de una contraprestación económica que, deducidos los gastos que importa la administración del referido repertorio, es distribuida entre los asociados. Ello se manifiesta en la administración de una de las facultades del denominado “derecho patrimonial de autor” por parte de un intermediario no titular de dicho derecho.

²³ BARBERÁN explica que el fundamento de la existencia de las EGC “consiste en que los titulares de derechos de propiedad intelectual únicamente pueden lograr la real efectividad de determinados derechos de explotación actuando colectivamente, a través de organizaciones que ejerzan facultades de mediación o gestión de tales derechos”. BARBERÁN Molina, Pascual. Manual Práctico de Propiedad Intelectual. Madrid, España. Editorial Tecnos, 2.010, p. 214.

Como indica la definición propuesta por LIPSZYC, la gestión colectiva también tiene un fuerte vínculo con los usuarios de las obras intelectuales y la demanda de licencias adecuadas para sus giros comerciales, objetos sociales y finalidades individuales. En efecto, las tecnologías desarrolladas para la masificación del consumo de obras intelectuales han provocado el nacimiento de nuevos usos y, consiguientemente, de nuevos mercados de licencias, lo que encarna un fiel reflejo de una sociedad que requiere de la creación y circulación de obras intelectuales para la consecución de los más diversos objetivos. En estas circunstancias, para la gestión colectiva es crucial entender a los usuarios de las obras y producciones del talento administradas, de manera de ofrecer las autorizaciones que demanden para el desarrollo y logro de aquello a lo que aspiran.

En Chile, la gestión colectiva de derechos intelectuales únicamente puede ser realizada por entidades creadas especialmente al efecto²⁴. Sin embargo, el establecimiento de las EGC no excluye a los titulares de derechos de administrarlos personalmente respecto de usos específicos²⁵.

Dada la sensibilidad de la gestión colectiva para todos los interesados en ella, tanto en la legislación nacional como en la comparada, las EGC son sometidas a estrictos requisitos para su constitución y controles para su funcionamiento, de manera de asegurar eficiencia y transparencia en la administración del repertorio.

²⁴ Artículo 91 de la LPI.

²⁵ En efecto, el artículo 21 de la LPI declara textualmente que “en ningún caso las autorizaciones otorgadas por dichas entidades de gestión colectiva podrán limitar la facultad de los titulares de derechos de administrar sus obras en forma individual respecto de utilidades singulares de ellas”.

1.2.2. Historia de la gestión colectiva de los derechos intelectuales y el caso de Chile.

La gestión colectiva de los derechos intelectuales nace en el Siglo XIX de la actividad de las sociedades de autores, artistas y editores reunidos como grupos de presión reaccionarios en contra de la explotación masiva de las obras dramáticas, dramático-musicales y musicales a través de su ejecución pública en salas de espectáculos, la cual reportaba enormes beneficios pecuniarios a sus dueños²⁶. Este conflicto se explica en la posibilidad de representar o ejecutar las referidas obras simultáneamente en múltiples lugares, incluso fuera del territorio nacional, contando con artistas distintos de aquéllos que las publicaron o dieron a conocer con el beneplácito de sus autores, la cual fue aprovechada indiscriminadamente por los empresarios de la época, lesionando los derechos reconocidos por los diversos ordenamientos a sus autores y titulares.

ANTEQUERA comenta que las primeras EGC surgieron del movimiento iniciado por la *Bureau de Législation Dramatique*, fundada en 1.777, que dio lugar en Francia a la creación de la Sociedad de Autores Dramáticos el año 1.829 y a la *Société des Auteurs, Compositeurs et Éditeurs de Musique* (SACEM) el año 1.850²⁷, entidades que dieron un paso más allá de la representación de los intereses reivindicatorios de los autores dramáticos y de música para transformarse en pioneras en la recaudación de dineros por el uso de las obras representadas y ejecutadas para el público²⁸.

²⁶ ARAGÓN, Emilia. Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, organizado conjuntamente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), con la colaboración del Ministerio de Cultura de España, el Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECl) y la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Antigua, Guatemala, 2004, p. 2.

²⁷ ANTEQUERA Parilli, Ricardo. Derecho de Autor. Tomos I y II. Segunda Edición. Caracas, Venezuela. Editorial Venezolana, 1.998, p. 682.

²⁸ CÁDIZ Deleito, José Luis. Las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual. En: Economía de la Cultura, Junio-Julio 2001, Número 792. España, 2.001, p. 96.

El progresivo desarrollo de los derechos de autor al amparo de los tratados internacionales tales como el Convenio de Berna de 1.886 y el Tratado de Montevideo de 1.889, que importaron para el mundo occidental un estándar de protección de todas las obras intelectuales en el ámbito artístico y literario independientemente de su género, trajo como consecuencia el reconocimiento de nuevas categorías de obras intelectuales cuyo aprovechamiento masivo dio paso a una creciente proliferación de las EGC y su reglamentación en los ordenamientos jurídicos nacionales. Adicionalmente, el amplio empleo de las nuevas tecnologías emergentes en la época, como el fonógrafo y el cinematógrafo, extendieron la forma en que las obras intelectuales y ejecuciones artísticas eran comunicadas públicamente, dificultando las posibilidades de control directo por parte de los titulares de sus derechos, razón por la cual la gestión colectiva de éstos apareció como la vía más efectiva para su administración.

A principios del Siglo XX, la gestión colectiva de derechos intelectuales era una actividad conocida en gran parte de los países de occidente. En efecto, ésta había trascendido las fronteras europeas para debutar en otros territorios. Por ejemplo, el año 1.910 fue fundada la Sociedad Argentina de Autores Dramáticos y Líricos, para administrar el otorgamiento de licencias y la recaudación por la comunicación o ejecución pública de las obras intelectuales de su repertorio.

Dado que la gestión colectiva era ejercida principalmente por sociedades de artistas relacionadas con sus homólogas en otros territorios con fines de cooperación y representación mutua, en 1.926 se formó la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores, también conocida como CISAC, organización que en la actualidad convoca a más de doscientas EGC provenientes de países de todos los continentes²⁹.

Las nuevas modalidades de uso de obras y prestaciones conexas hechas posibles por las tecnologías desarrolladas durante el Siglo XX y lo que ha corrido

²⁹ La lista de los miembros de la CISAC se encuentra disponible en su sitio web <<http://es.cisac.org>>.

del presente para su réplica, distribución y difusión, acompañadas de importantes cambios legislativos impulsados por los tratados internacionales, han permitido la extensión de la gestión colectiva a otros usos distintos de la comunicación o ejecución pública, tales como el *droit de suite*, que asegura una participación para el titular del derecho de una obra plástica por su reventa; el alquiler de copias de fonogramas y videogramas; la reproducción de toda obra impresa por medio de la reprografía; y la remuneración compensatoria por la copia privada, es decir aquella realizada por o a solicitud de un usuario final para sus fines personales, aplicada a la comercialización de aparatos utilizados para su ejecución³⁰. Es así como desde la segunda mitad del siglo recién pasado comenzaron a formarse EGC para la administración de derechos por la reproducción de obras impresas, tales como la *Verwertungsgesellschaft Wort*, fundada en Alemania en 1.955, y la *BONUS Copyright Access* (anteriormente *BONUS Presskopya*), creada en Suecia en 1.973.

En Chile, la Ley sobre Propiedad Literaria y Artística de 24 de julio de 1.834, publicada por mandato de la Constitución Política de 1.833, hizo posible el funcionamiento de la Sociedad de Autores Teatrales de Chile (SATCH), fundada en 1.915 para la administración de los derechos de los autores teatrales nacionales y extranjeros³¹, pues permitió a los autores de piezas de teatro el derecho de autorizar la ejecución de sus obras en las salas nacionales³². Posteriormente, con el reconocimiento del derecho de ejecución pública para toda clase de obras de la inteligencia en el Decreto Ley N° 345 de 1.925, que derogó la Ley sobre Propiedad

³⁰ ANTEQUERA da cuenta de que estas modalidades de uso fueron recomendadas tras la realización de una encuesta en 1.989, por encargo de la Comisión Jurídica y de Legislación de la CISAC (ANTEQUERA, *op. cit.*, p. 685 y ss).

³¹ PRADENAS da cuenta de un extracto del texto del acta de constitución de la Sociedad de Autores Teatrales de Chile, que indica que “tendrá por objeto defender y vigilar los intereses morales y materiales de los asociados tanto del país como del extranjero, estimular y fomentar la producción nacional por todos los medios a su alcance y constituir una caja de socorros de los asociados que lo necesiten o sus padres, viudas e hijos”. PRADENAS, Luis. Teatro en Chile: huellas y trayectorias, siglos XVI-XX. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 2006, p. 230.

³² El texto del artículo 7 de la Ley sobre Propiedad Literaria y Artística de 24 de julio de 1.834 rezaba que “las piezas teatrales tendrán además [del derecho exclusivo, durante su vida, de vender o hacer vender sus obras por cualquier forma de reproducción] el privilegio de no poder representarse en ningún teatro de Chile sin permiso escrito de su autor o de sus herederos, durante la vida del primero, y los cinco años concedidos a los últimos”.

Literaria y Artística, se dio una cabida más amplia a la gestión colectiva de los derechos de las obras comunicadas públicamente en salas de espectáculos, locales de acceso al público y estaciones de radiodifusión, la cual fue entregada a las sociedades de autores y a la Dirección Superior del Teatro Nacional, creada por la Ley N° 5.563 de 1.935³³.

El texto original de la Ley 17.336, que reemplazó al Decreto Ley N° 345 de 1.925, confió la administración de los derechos de ejecución de obras protegidas y fonogramas en salas de espectáculos, locales de acceso público y estaciones de radiodifusión sonora y televisiva al Departamento del Pequeño Derecho de Autor de la Universidad de Chile, correspondiendo a la Comisión Permanente del Pequeño Derecho de Autor establecer los aranceles para el uso de obras intelectuales en dicho ámbito de gestión, dictar y modificar las normas generales relativas a los procedimientos de fiscalización, cobro, percepción y distribución del pequeño derecho de autor, así como también cobrar y distribuir, a través del Departamento todos los derechos de ejecución pública que incumbieran a los autores y titulares de derechos conexos nacionales y extranjeros³⁴. Debido al limitado ámbito de la administración de los derechos intelectuales por parte del Departamento del Pequeño Derecho de Autor y a la necesidad de ajustar el sistema de protección de los derechos intelectuales a las convenciones internacionales en relación con éstos, en 1.992 fue dictada la Ley N° 19.166, que modificó la LPI para entregar la gestión colectiva de toda modalidad de uso de las obras intelectuales y producciones protegidas por los derechos conexos a corporaciones formadas por titulares de dichos derechos para su administración.

³³ El Reglamento de la Ley N° 5.563 de 1.935, contenido en el Decreto N° 5.054 de 1935 del Ministerio del Interior, entregaba la administración del gran derecho de autor (correspondiente a representaciones, exhibiciones o ejecuciones musicales de obras teatrales o cinematográficas en teatros, locales o salas de espectáculos) a las sociedades de autores y el pequeño derecho de autor (que corresponde a representaciones, exhibiciones, radiaciones, o ejecuciones de números sueltos o trozos de obras teatrales o musicales, ejecutados, hablados o cantados por artistas, orquestas, pianos, o cualquier medio mecánico, en teatros, salas de espectáculos, locales públicos o estaciones radiodifusoras) a la Dirección Superior del Teatro Nacional. Este órgano del Estado fijaría las tarifas y fiscalizaría el pago del pequeño derecho en tanto las sociedades de autores podían fijar de manera autónoma sus aranceles, los cuales debían ser informados a la Dirección Superior del Teatro Nacional para la supervisión de su pago.

³⁴ Artículos 91 y siguientes de la LPI, en su publicación original el 2 de octubre de 1970.

Luego de la entrada en vigor de la Ley N° 19.166, fueron constituidas diversas corporaciones para la gestión colectiva de derechos intelectuales, entre ellas la Corporación de Actores de Chile (Chileactores), el año 1.993; la Sociedad de Directores Audiovisuales, Guionistas y Dramaturgos (ATN), el año 1.997; y la Sociedad de Gestión de los Creadores de Imagen Fija (Creaimagen), también el año 1.997. En relación directa con el libro, el año 2.000 fue fundada la Sociedad de Derechos de las Letras (SADEL, anteriormente Sociedad de Derechos Literarios) de la comunión de esfuerzos de escritores y editores, con el objeto de administrar el uso de las obras literarias de su repertorio por medio de la reprografía, su digitalización y empleo a través de equipos conectados a redes de computadoras.

La última modificación a la LPI, introducida por la Ley N° 21.045, que crea el Ministerio de las Culturas, las Artes y el Patrimonio, entregó a esta entidad las competencias para autorizar el funcionamiento de las EGC, revocar dicha autorización, llevar el Registro Público de Mediadores y Árbitros de Propiedad Intelectual así como de sus laudos, sustituyendo al Ministerio de Educación y al Consejo Nacional de la Cultura y las Artes en dichas funciones.

En la actualidad, la gestión colectiva representa en el mundo una de las formas más eficaces de administración de los derechos intelectuales para ciertos géneros de obras y conexos respecto de algunas formas de utilización, principalmente relacionados con la ejecución o comunicación pública de obras y otros objetos protegidos, pues permite la utilización legítima de amplios repertorios y el efectivo control que los titulares buscan en función de sus derechos intelectuales, especialmente en razón de su explotación fuera del territorio en que aquéllos pueden ejercerlo con sus propios medios. Es así que el éxito de la gestión colectiva deviene de, como indica CÁDIZ, “la confianza en ella de los titulares de los derechos que, de un modo creciente, se van incorporando a las entidades que los gestionan”³⁵.

³⁵ CÁDIZ, *op. cit.*, p. 100.

El desarrollo de la gestión colectiva, como puede apreciarse, ha dependido principalmente de la actividad de los autores y titulares de derechos intelectuales asociados en función del objetivo común de controlar efectivamente el uso de su obras y prestaciones conexas protegidas. Sin embargo, la demanda de los usuarios también ha jugado un rol relevante para la regulación de la actividad de las EGC, especialmente para mitigar los efectos de la posición monopólica de estas organizaciones en el mercado de las licencias generales para el uso de obras, fonogramas y otros objetos protegidos por derechos intelectuales. Es así que aun cuando la gestión colectiva es una actividad ejercida desde hace casi dos siglos, en el presente continúa siendo revisada y perfeccionada para otorgar el mayor beneficio posible a todos los actores interesados³⁶.

1.2.3. Actividades características de la gestión colectiva de derechos intelectuales.

La gestión colectiva de derechos intelectuales es una actividad económica regulada por la ley y los tratados internacionales que versan sobre derechos intelectuales. En cuanto al ordenamiento jurídico nacional, el Título V de la LPI establece las normas específicas a las cuales las EGC estarán afectas en el desarrollo de sus funciones.

En general, las tareas principales de la gestión colectiva se resumen en el licenciamiento de un repertorio de obras y prestaciones conexas del dominio privado, la recaudación del precio de estas autorizaciones y la distribución de este producto entre los titulares de derechos afiliados a la EGC que la realiza, deducidos

³⁶ Una de las normas más recientes para la regulación de esta actividad es la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo, que reconoce la labor de las EGC, sin perjuicio de establecer mecanismos que permitan controlar su actuar como su supervisión la transparencia de determinada información.

los gastos asociados a la actividad³⁷. Sin embargo, la ejecución de estas labores importa una serie de otras actividades coligadas que, a su vez, responden a la administración efectiva, eficiente y transparente de su repertorio. En este sentido, la gestión colectiva es aquel conjunto de tareas esenciales para la administración de un repertorio de obras o producciones del talento protegidas por la propiedad intelectual, derivadas de la representación efectiva de dichos derechos.

Las labores comprendidas en la gestión colectiva de los derechos intelectuales no deben ser confundidas con aquéllas que componen el objeto y ámbito de acción de las EGC. Existen tareas que pueden ser desarrolladas por este tipo de organizaciones que desbordan el ámbito de los derechos intelectuales, pues se relacionan más bien con fines asistenciales o sociales, como ocurre con la promoción de la creación nacional, entre otras acciones permitidas por el legislador en función del lugar que ocupan las EGC y sus miembros en el desarrollo artístico y cultural del país³⁸.

De lo antedicho y atendida la naturaleza representativa de la gestión colectiva, depurada de las otras actividades permitidas por la ley para las organizaciones facultadas para ejercerla, es posible distinguir las siguientes tareas que la caracterizan: (i) la representación de los intereses de los titulares de los derechos administrados, (ii) la conformación de un repertorio de obras o producciones protegidas, (iii) la determinación de las condiciones generales para el licenciamiento de las obras o producciones del repertorio, (iv) la vigilancia del uso del repertorio, (v) la recaudación de lo obtenido del licenciamiento y la vigilancia del

³⁷ LIPSZYC propone que son esenciales a la gestión colectiva las tareas de recaudación y de distribución o reparto, las cuales son obligatorias para las EGC aun cuando legislativamente se encuentre instaurado un sistema de licencias no voluntarias, como el establecido por el artículo 67 de la LPI para la radiodifusión y cualquier otra forma de comunicación al público de fonogramas (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 407).

³⁸ El segundo inciso del artículo 92 de la LPI permite a las EGC destinar “hasta el 10% de lo recaudado y los remanentes de fondos sociales que se generen con motivo de su actividad (...) a la promoción de actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus miembros y representados, y de estímulo a la creación nacional, junto a otros recursos que les sean aportados para tales fines”.

uso del repertorio y (vi) la distribución informada de lo recaudado. Cada una de estas labores serán abordadas en los siguientes párrafos.

a) Representación de los intereses de los titulares de los derechos administrados.

La gestión colectiva tiene como fundamento la representación del interés colectivo de los titulares de derechos intelectuales ante terceros, lo cual adquiere especial materialidad en la relación que las EGC sostienen con los usuarios de su repertorio, sea en la contratación misma de licencias para su uso como en las tratativas preliminares a ella, en la vigilancia del uso de su repertorio y en las controversias que se susciten en relación con las tarifas asociadas a los usos autorizados por medio de dichas licencias.

La representación del interés colectivo de los titulares de derechos exige a las EGC identificar éste claramente, lo cual se concreta en la delimitación de su ámbito de acción en cuanto al género o a la clase de las obras o producciones de la industria protegidas y los derechos intelectuales administrados, entendiendo por éstos a los usos de obras y demás prestaciones conexas protegidas cuyo licenciamiento y vigilancia serán entregadas a las EGC³⁹. En otras palabras, el interés colectivo para este tipo de gestión corresponde a la más eficaz y eficiente administración de usos específicos de los objetos protegidos por los derechos intelectuales que la ley o los titulares de derechos entregan⁴⁰, lo que, a su vez, se transforma en la finalidad perseguida por las EGC.

³⁹ Así, la literal a) del artículo 93 de la LPI prescribe que las corporaciones que se constituyan para administrar derechos intelectuales deberán especificar en sus estatutos "los derechos intelectuales que la entidad se propone administrar".

⁴⁰ CÁDIZ explica que la eficacia en la administración de los derechos que le son confiados a las EGC se refleja en la tutela de todos los derechos de que las EGC son administradoras y que la eficiencia se orienta a la obtención de los máximos beneficios de su actividad a favor de quienes son los legítimos titulares de los derechos administrados, lo que conlleva a que los gastos de la administración del repertorio en los que haya de incurrir la EGC deben ser los estrictamente necesarios para desarrollar su función (CÁDIZ, *op. cit.* p. 102).

En atención a dicho fin, las EGC representan tanto a titulares de derechos asociados o afiliados a ellas como a titulares no asociados, como ocurre en aquellas circunstancias en que por mandato legal se encuentran obligadas a licenciar y recaudar derechos cuya gestión colectiva es obligatoria⁴¹ o de acuerdo a los convenios de representación que acuerden con otras EGC nacionales o extranjeras, los que adquieren una particular relevancia para la conformación de su repertorio. Para los efectos de este estudio, basta tener presente que los convenios de representación que las EGC suscriben entre ellas tienen por objeto entregar la administración de su repertorio por la otra entidad que lo suscribe, la cual se obliga a recaudar los pagos asociados a su licenciamiento, a distribuir los dineros que correspondan tras la deducción de los respectivos gastos de administración y a vigilar su uso de acuerdo a su ámbito de acción. Es así que los convenios de representación pueden comprometer solamente a una de las partes a la ejecución de las referidas prestaciones o a ambas, caso en el cual éstos son denominados “convenios de representación recíproca”.

Las EGC nacionales, en atención a su función representativa, se encuentran obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y conexos que le encarguen sus respectivos titulares, en la medida en que éstos se refieran a la clase de objetos protegidos que éstas administran de conformidad a sus estatutos. Así lo indica el artículo 97 de la LPI, cuyo primer inciso prescribe que éstas “estarán siempre obligadas a aceptar la administración de los derechos de autor y otros derechos de propiedad intelectual que les sean encomendados de acuerdo con sus objetivos o fines”.

⁴¹ El artículo 67 de la LPI ordena la gestión colectiva obligatoria de la ejecución pública de fonogramas, estableciendo normas de distribución para los titulares de los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes y de los productores de fonogramas.

b) Conformación de un repertorio de obras o producciones protegidas.

Si bien la gestión colectiva tiene como fundamento la representación de los titulares de derechos intelectuales de su ámbito, esta actividad importa el ejercicio de sus prerrogativas en relación con sus obras o producciones protegidas, las cuales conjuntamente conforman el repertorio a ser administrado por las EGC. Sin obras o producciones protegidas que administrar, la gestión colectiva es imposible.

El repertorio se conforma de todas aquellas obras y producciones del dominio privado cuyos titulares de derechos entregan en administración a las respectivas EGC y con todas aquéllas que les son entregadas por otras EGC por medio de los convenios de representación que suscriban. Por cierto, las obras y producciones protegidas cuyos derechos son administrados por una EGC deben pertenecer a la clase o género que ésta administra de acuerdo a las normas que regulan su ámbito de acción, las que en el sistema chileno de protección de la propiedad intelectual deben encontrarse en sus estatutos.

La eficaz y eficiente gestión colectiva del repertorio requiere del conocimiento de las obras y producciones que lo integran, sus correspondientes titulares de derechos y los acuerdos, actos o contratos que regulen la forma de distribución de las ganancias derivadas de la explotación de la obra o producción protegida o de la actividad de la EGC, razón por la cual es necesario que éstas mantengan un registro completo de cada una de las piezas del repertorio y de su documentación asociada.

c) Determinación de las condiciones generales para el licenciamiento de las obras o producciones del repertorio.

La gestión colectiva no solo atiende a los intereses de los titulares de derechos, sino que también a la demanda por el uso de las obras y prestaciones del dominio privado por parte de los terceros usuarios, quienes se benefician de ella en

tanto disminuye los costos de localizar, negociar y conseguir numerosas autorizaciones individuales de cada titular de derechos y de someterse a diferentes condiciones de uso, puesto que ella implica el establecimiento de términos de uso estándar de su repertorio para cada tipo de utilización y usuario.

Para el establecimiento de los términos de uso del repertorio, una EGC debe definir el tipo de uso a autorizar en especial atención a lo indicado en sus estatutos, la demanda de los usuarios del repertorio, las excepciones o limitaciones a los derechos intelectuales que los beneficien y el resguardo de los intereses de los titulares de derechos. Ello supone el desarrollo de una serie de tareas, entre las cuales se encuentran la clasificación de los usuarios en cuanto a la forma en que es previsible que explotarán el repertorio y la importancia de su uso para su rubro, entre otros criterios, y el establecimiento de tarifas generales para el otorgamiento de las respectivas licencias en atención a la categoría de usuario.

En el sistema nacional de protección de la propiedad intelectual, el establecimiento de tarifas generales por el uso del repertorio es un proceso reglado que apunta a la publicidad de éstas como parte de los términos de licenciamiento. En efecto, el tercer inciso del artículo 100 de la LPI dispone que “las tarifas serán fijadas por las entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial”.

De este texto emergen tres observaciones relevantes: en primer lugar, que el legislador proscribió la posibilidad de concesión de autorizaciones gratuitas por parte de las EGC, de manera de garantizar utilidades a los titulares de derechos; en segundo lugar, que las tarifas son fijadas en forma autónoma por las EGC, sin injerencia de la autoridad ni de los usuarios interesados; y, en último lugar, que las tarifas deben ser publicadas en el Diario Oficial como requisito de existencia, de manera que las EGC no pueden autorizar el uso de su repertorio a cambio de una tarifa que no ha sido publicada.

d) Vigilancia del uso del repertorio.

La administración efectiva del repertorio demanda una labor de cautela de su uso por parte de los respectivos usuarios, sean licenciarios o no. Es así que las EGC requieren de la facilitación de herramientas que les permitan distinguir entre los usuarios que cumplen con los términos establecidos en sus licencias y en la ley, así como también a aquéllos infractores, de manera de poder perseguir su responsabilidad por la transgresión de las normas protectoras de los derechos intelectuales. Para ello, las EGC deben contar la representación judicial y extrajudicial de la entidad contra los licenciarios infractores de los términos de la respectiva licencia y contra aquéllas personas que usan el repertorio sin contar con autorización.

Las diversas tareas por medio de las cuales se despliega la vigilancia del uso del repertorio encuentran su fundamento en la dificultad de los titulares de derechos para ejercer por sus propios medios el control sobre el uso de sus obras y producciones en territorio nacional como en el extranjero. Es así que la vigilancia del uso del repertorio, como tarea propia de la gestión colectiva, permite aliviar a los titulares de derechos de soportar los costos del control individual del uso de sus obras y producciones protegidas.

La labor de control sobre el uso del repertorio, en tanto se encuentra relacionada con el ejercicio de las acciones que dispone la ley para reclamar por la responsabilidad en el uso no autorizado del repertorio o el incumplimiento de los contratos de licencia, requiere de la delegación de las facultades para interponerlas en las EGC, lo cual puede ocurrir por medio de contrato o por la propia ley.

En el sistema nacional de protección de los derechos intelectuales, la LPI confiere a las EGC la legitimación necesaria para poder iniciar procesos judiciales y administrativos en representación de los titulares de derechos de su repertorio,

incluidos en ellos a sus afiliados y a aquellos administrados en virtud de un convenio de representación con otra EGC, facilitando la forma de acreditar la representación de aquéllos ante la respectiva autoridad⁴² e invirtiendo la carga de la prueba respecto de su uso.

e) Recaudación.

El legislador asume que el interés colectivo de los titulares de derechos intelectuales -al menos en relación a su vínculo con las EGC- apunta a la obtención de beneficios económicos por la explotación de sus obras y producciones, lo cual se refleja en el establecimiento de tarifas como condición para la administración de los usos que las EGC pretenden autorizar en razón de su objeto social⁴³. La consecuencia de ello es la recaudación que efectúan las EGC del precio de los contratos de licencia y de lo percibido en función de la defensa exitosa de los intereses de los titulares de derechos por el uso no autorizado del repertorio.

No obstante la onerosidad de los contratos de licencia celebrados por las EGC, su actividad no debe ser confundida con una actividad lucrativa contradictoria con el tipo de organización autorizada para realizar la gestión colectiva, como ocurre en el sistema chileno de protección de los derechos intelectuales, que entrega esta actividad únicamente a asociaciones o corporaciones debidamente autorizadas por el Ministerio de las Culturas, de las Artes y del Patrimonio. En efecto, las EGC chilenas son organizaciones sin fines de lucro, vale decir que no permiten el retiro de dividendos por parte de las personas que las componen, de manera que lo obtenido de la gestión colectiva es distribuido entre los titulares de derechos representados en su calidad de tales, deducidos los gastos de administración.

⁴² Así, el primer inciso del artículo 102 de la LPI establece que “Las entidades de gestión autorizadas representarán legalmente a sus socios y representados nacionales y extranjeros en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales, sin otro requisito que la presentación de copias autorizadas de la escritura pública que contenga su estatuto y de la resolución que apruebe su funcionamiento”.

⁴³ Artículo 100 de la LPI.

f) Distribución informada de lo recaudado.

Como contrapartida a la labor de recaudación, la gestión colectiva envuelve también la tarea de distribuir lo percibido entre los titulares de las obras o producciones que integran su repertorio en razón de su uso efectivo, siempre en atención a su función y naturaleza representativa, pues el reparto de lo obtenido ha de ser informado a los titulares de derechos representados. Además, en tanto la gestión colectiva sea realizada por una entidad sin fines de lucro, la distribución de lo recaudado debe tender a una perfecta compensación o neutralidad, vale decir que la cantidad repartida entre los titulares de derechos debe aproximarse tanto como sea posible a la cantidad percibida por la EGC de la actividad de licenciamiento y vigilancia del uso del repertorio⁴⁴.

Uno de los problemas más importantes para la distribución informada de la recaudación es necesidad de información fidedigna respecto del uso del repertorio. Sin embargo, las diversas legislaciones que consagran esta forma de administración disponen de pocos mecanismos para la identificación de las obras efectivamente utilizadas, tales como la obligación de los usuarios de confeccionar planillas de ejecución⁴⁵ y las respectivas medidas para disuadir su adulteración⁴⁶.

Aun cuando puedan existir diversas fallas en la colección de la información sobre el uso del repertorio, las legislaciones entregan a las EGC la facultad de

⁴⁴ CÁDIZ, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁵ El séptimo inciso del artículo 100 de la LPI prescribe que estarán obligadas a confeccionar planillas de ejecución o listas de obras utilizadas las empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y los organismos de radiodifusión, salvo acuerdo en contrario. Aunque la segunda parte de dicho inciso agrega que los demás usuarios se encuentran exentos de dicha obligación, nada impide la validez de una convención que la instale como condición para el uso del repertorio.

⁴⁶ La literal c) del artículo 79 de la LPI califica como falta o delito la adulteración de las planillas de ejecución. También la omisión de la realización de confección de esta clase de instrumentos constituye delito, de acuerdo a lo establecido en la literal c) del artículo 80 de la LPI.

determinar las mecánicas de la distribución de lo recaudado, estableciendo como limitante que el mecanismo ideado por aquéllas debe observar la participación proporcional de los titulares de obras y producciones en los derechos recaudados⁴⁷.

1.3. Justificación de la gestión colectiva de los derechos del libro en función del uso realizado por bibliotecas y archivos.

1.3.1. El mercado del libro y la gestión colectiva para las bibliotecas y archivos usuarios.

El mercado de la industria gráfica y editorial, que se desenvuelve en la fabricación y comercialización de libros de toda clase y publicaciones periódicas como revistas, diarios y boletines, representa uno de los sectores más importantes dentro de las industrias culturales en el mundo, el cual ha experimentado una serie de transformaciones provenientes de la masificación del acceso a las redes telemáticas, su uso y del consecuente cambio en los usuarios del libro, como también de la creciente demanda de obras que tradicionalmente no eran explotadas masivamente a través del libro, tales como la fotografía y la ilustración, entre otras manifestaciones de las artes visuales. Estos fenómenos también alcanzan el mercado local, el que, tras una fuerte caída del sector en la pasada década de los años 80, ha logrado estabilidad y una creciente alza en las ventas de libros, dada la apertura de su público objetivo, ya no caracterizado únicamente por el consumidor de lectura, sino que también por aquél que busca el disfrute de las artes plásticas, la fotografía, la preservación de la memoria institucional y el complemento a la formación escolar, entre otros múltiples fines⁴⁸.

⁴⁷ Artículo 98 de la LPI.

⁴⁸ Mapeo de las Industrias Creativas en Chile – Caracterización y Dimensionamiento. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Santiago, 2014, p. 173.

Ahora, el mercado del libro no se encuentra circunscrito únicamente a la venta de copias a los consumidores, representados generalmente por el público lector y los organismos que los adquieren en el desarrollo de sus intereses o funciones⁴⁹, sino que se extiende a las utilidades secundarias que aquéllos realizan, entendiéndose por tales a aquéllas que suponen la previa adquisición o tenencia de ejemplares y que no importan su enajenación, como ocurre con el arrendamiento, la fotocopia y digitalización. De la misma forma, hay una explotación secundaria en la réplica e impresión de los libros electrónicos adquiridos legítimamente, entre otras actividades relacionadas a su disfrute a través de redes telemáticas. Adicionalmente, el consumo intermedio del libro, caracterizado por consistir en la edición financiada por organismos públicos o empresas principalmente para la difusión o registro de sus actividades o productos y como soporte para la divulgación de sus memorias institucionales, representa una considerable fuente de utilidades secundarias de obras intelectuales que no necesariamente han sido distribuidas previamente por medio de los canales tradicionales para la compra del libro⁵⁰. Pero el mercado del derecho de autor del libro va más allá aún, pues no solamente se encuentra presente en las actividades mencionadas, sino que también en todas aquéllas que involucran una utilización de éste sin necesidad de distribución de ejemplares, como ocurre con la transformación de su contenido para su adaptación a otros géneros o su disfrute en otras lenguas.

Adicionalmente, hay una región poco tenida dentro de los mercados en los que se difunde el libro y que nace de su disposición en plataformas de servicios Internet por sus usuarios, dadas las facilidades que éstas ofrecen para compartirlos.

⁴⁹ Los agentes promotores de políticas públicas de incentivo a la lectura o de mejoramiento en la educación representan un grupo consumidor considerable para la industria editorial. Es así como el Estado invierte aproximadamente \$28.000.000.000 anuales en compras de libros, muchas de ellas masivas, para su distribución en bibliotecas y establecimientos de educación primaria y secundaria (Mapeo de las Industrias Creativas en Chile, p. 183).

⁵⁰ De acuerdo al Mapeo de las Industrias Creativas en Chile, el consumo directo del libro a través de mercados tradicionales es bajo y reporta anualmente unos \$ 35.000 millones en ventas para las librerías; en cambio, las ventas anuales de las editoriales bordean los \$ 300.000 millones, por lo cual se estima que el consumo del libro en Chile estaría caracterizado por un muy fuerte consumo intermedio, que representaría un 50% del referido monto. (Mapeo de las Industrias Creativas en Chile, p. 183).

Cabe mencionar que por estas plataformas se comprende no a aquéllos sistemas de intercambio directo o uno a uno entre usuarios, tales como el correo electrónico y las redes *peer to peer*, sino que a aquellos sitios de proveedores de servicios de Internet que permiten a sus usuarios la puesta a disposición de contenidos variados, entre ellos obras intelectuales y producciones fonográficas, de manera que otros puedan disfrutarlos por medio de su descarga o visualización directa en el momento o desde el lugar que ellos elijan, como actualmente ocurre en diversas redes sociales de Internet y de *e-learning*.

Un mercado tan diversificado como el del libro y sus derechos de autor requiere de licencias adecuadas para su subsistencia, lo que hace de la gestión colectiva una herramienta fundamental, especialmente para el caso de las utilidades de grandes volúmenes de obras. En efecto, los enormes costos que importa la administración separada de los derechos de autor de obras literarias, gráficas y demás imprimibles en forma de libro por parte de sus titulares, representantes y editoriales dificultan su desarrollo consolidado, dificultando la vigilancia de los usos de estos productos editoriales, facilitando la existencia de un mercado ilegítimo del libro, constituido por reproducciones no autorizadas del mismo, obtenidas a través de su fotocopiado, digitalización y descarga, por nombrar algunos ejemplos. Desde el punto de vista de los usuarios que explotan masivamente el libro, resulta conveniente la consecución de licencias suficientes por medio de una única entidad administradora de un repertorio general de derechos de autor que observe al libro como tal, esto es como la manifestación tanto de obras literarias como gráficas, entre otras de diferente naturaleza aprovechables por medio de dicha forma de expresión.

Ante estos hechos, la eficiente gestión colectiva de los derechos intelectuales del libro supone tener presente la compleja realidad que representa esta clase de obras y, en este sentido, comprender a todos los titulares de derechos incorporados en cada publicación para cada una de las actividades propias de esta forma de administración de derechos. Asimismo, resulta perentorio para ella el conocimiento

de las utilizaciones realizadas por los respectivos usuarios, de manera de ofrecer a las licencias que requieren en función de su rubro a un valor justo, de ejercer un efectivo control del uso del repertorio y efectuar una distribución transparente y equitativa de lo que sea recaudado a los titulares de los respectivos derechos.

Es en función de lo anterior que la Federación Internacional de Organizaciones de Gestión de Derechos (IFRRO) identifica siete áreas para la concesión de licencias, caracterizadas principalmente por comprender a usuarios que explotan el libro por medio de su reprografía, a saber: (i) el ámbito educativo a todos sus niveles; (ii) la administración pública a nivel de Estado, regional y local; (iii) el comercio y la industria; (iv) bibliotecas públicas y de investigación; (v) las instituciones culturales y otras de carácter similar; (vi) las instituciones religiosas; (vii) las copisterías y otros lugares donde las máquinas de fotocopia están disponibles al público⁵¹. A los anteriores rubros y en atención a los usos relacionados actualmente con el libro digitalizado y el libro electrónico, es posible distinguir otras áreas de explotación, tales como (viii) los servicios de consulta a través de terminales de redes internas o privadas, (ix) los servicios de Internet para la consulta remota de libros, (x) el comercio electrónico de libros de dicha clase y (xi) los proveedores de servicios de Internet que hacen posible que sus usuarios puedan compartir documentos electrónicos, entre ellos libros electrónicos y digitalizados. Por cierto, esta lista no pretende ser taxativa, de manera que debe considerarse abierta a toda nueva forma de explotación del libro.

Las bibliotecas y los archivos frecuentemente constituyen unidades de servicio para varios comercios o entidades de los sectores mencionados. En efecto, las instituciones de educación de todos los niveles suelen complementar su actividad principal con un servicio de bibliotecas y archivos que facilita material de estudio; también los órganos del Estado, en sus roles de garantes de la preservación de la cultura, el acceso a la información, al conocimiento y la

⁵¹ La gestión colectiva en el ámbito de la reprografía. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y Federación Internacional de Organizaciones de Gestión de Derechos (IFRRO). 2005, p. 42.

educación, acostumbran disponer de servicios de bibliotecas y archivos, como ocurre en el caso chileno con la Biblioteca Nacional, la Biblioteca del Congreso Nacional y las múltiples bibliotecas municipales erigidas en el país, entre muchas otras similares; también el comercio y la industria, las asociaciones de profesionales, las comunidades religiosas, los sindicatos, juntas de vecinos y un sinnúmero de organizaciones -tanto del sector comercial como el no lucrativo- usualmente instalan servicios de bibliotecas, unos abiertos a la comunidad y otros dirigidos únicamente a grupos específicos de personas. Como complemento de dichas actividades, muchas bibliotecas y archivos extienden o proyectan ampliar sus servicios mediante el empleo de las bondades ofrecidas por las redes telemáticas, por ejemplo, con la instalación de plataformas internas de consulta para sus usuarios y servicios disponibles a través de la *World Wide Web*. De esta forma, personas o entidades propietarias o responsables de servicios de bibliotecas vinculadas a muy distintos sectores se vuelven potenciales licenciatarios de autorizaciones entregadas por EGC.

Ahora, el campo de acción de la gestión colectiva del libro en relación con las bibliotecas y archivos se extiende a todos los usos que realicen respecto de éste, limitándose en todos aquellos que el legislador excluye de autorización y remuneración a los correspondientes titulares de derechos. Dicho de otro modo, todas las utilizaciones de obras del dominio privado por parte de las bibliotecas y archivos entrañan el ejercicio del derecho patrimonial, exclusivo de los titulares de derechos de autor, de manera que requieren de las autorizaciones que sean necesarias para el ejercicio de las actividades que definen su servicio, salvo en aquellos casos en que sean aplicables las excepciones a la protección del derecho de autor. Es así como la observación de los servicios de bibliotecas y archivos resulta gravitante para la realización de las tareas propias de la gestión colectiva del libro.

De este modo, la gestión colectiva del libro para bibliotecas y archivos aparece como una herramienta facilitadora para el uso legítimo de obras

intelectuales protegidas por medio del préstamo de uso, arrendamiento, intercambio temporal, reprografía, digitalización, traducción, visualización a través de equipos electrónicos y, en general, cualquier otra forma de utilización, comercial o no, que realicen estas instituciones y que no se encuentre expresamente liberada de la necesidad de consentimiento de parte de sus titulares de derechos ni remuneración.

1.3.2. Tratamiento de los usuarios de obras intelectuales según la Ley N° 17.336.

Las legislaciones sobre propiedad intelectual no suelen regular a los usuarios de las obras intelectuales más allá de su mención en relación con el contenido del derecho patrimonial, los contratos de licencia y con las excepciones o limitaciones. Cualquiera que sea la explicación de esta circunstancia, se puede caracterizar al usuario de una creación intelectual -se encuentre protegida o no- como aquella persona natural o moral que la utiliza en la práctica, sea en forma pública o privada, por sí o representado e independientemente de la modalidad y de la finalidad del uso.

La LPI reconoce la existencia de diferentes tipos de usuarios de obras intelectuales: los propios titulares de derechos, que en función del derecho patrimonial se encuentran facultados para aprovechar sus obras en cualquier forma⁵²; los usuarios autorizados por el titular de derechos, que son aquellos terceros cuyo uso ha sido permitido por éste, por sí o representado⁵³; los usuarios beneficiarios de limitaciones o excepciones al derecho de autor, quienes se encuentran habilitados por la ley para efectuar ciertas utilidades sobre creaciones intelectuales del dominio privado sin necesidad de autorización o remuneración a los correspondientes titulares de derechos⁵⁴; y los usuarios que aprovechan las

⁵² Artículos 17 y 18 de la LPI.

⁵³ Artículos 19, 20, 21 y 100 de la LPI.

⁵⁴ Artículos 71 A a 71 S de la LPI.

obras intelectuales de dominio ajeno sin estar debidamente autorizados, acarreado las responsabilidades civiles y criminales que la ley indica⁵⁵. Además, desde la entrada en vigencia de la Ley N° 20.959, la legislación nacional reconoce una categoría especial de usuario de obras intelectuales, correspondiente a aquel que comunica públicamente creaciones audiovisuales protegidas por autorización de la ley, pero que debe pagar una remuneración a sus directores y guionistas a través de una EGC⁵⁶.

No obstante lo antedicho, frecuentemente quienes son tratados como usuarios de las obras intelectuales son aquellas personas que las aprovechan sin ser titulares de sus derechos, se encuentren debidamente autorizados o no. Son estos usuarios los que interesan a los titulares de derechos y a las EGC para ejercer las facultades que otorga el derecho patrimonial de autor. Bajo esta premisa es que serán estudiadas las bibliotecas y los archivos en el apartado siguiente.

1.3.3. Bibliotecas y archivos como usuarios de obras intelectuales según la Ley N° 17.336.

Del hecho de que las bibliotecas y archivos sin fines de lucro hayan sido consideradas como usuarios beneficiarios de ciertas excepciones a la protección de los derechos intelectuales es posible extraer que el propio legislador, en todo lo relacionado con la LPI, identifica a las bibliotecas y archivos como una clase de usuarios de creaciones y producciones intelectuales protegidas, individualizando únicamente a aquéllos sin fines lucrativos para eximirlos de recurrir a la obtención

⁵⁵ Artículos 19, 78 y siguientes de la LPI.

⁵⁶ La Ley N° 20.959 extendió la aplicación de la Ley N° 20.243, que estableció una remuneración obligatoria para los intérpretes de ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual por la comunicación pública y radiodifusión de sus ejecuciones artísticas por medio de la televisión abierta, por la televisión por cable y salas de cine, por su puesta a disposición al público a través de medios digitales interactivos, por el arrendamiento al público y por la utilización directa de videogramas o cualquier otro soporte audiovisual con fines de lucro en recintos accesibles al público. Hasta la entrada en vigencia de la Ley N° 20.959, este sistema de licenciamiento no voluntario existía únicamente para los derechos conexos de los artistas intérpretes, ejecutantes y productores de fonogramas, además de aquéllos de las personas mencionadas en la Ley N° 20.243.

de la autorización de los respectivos titulares de derechos o al pago de una contraprestación en dinero para ciertas formas de disposición de sus colecciones. Luego, es imposible negar que las bibliotecas y archivos requieren, para los efectos de hacer uso de las creaciones y producciones que interesan a esta investigación, de la autorización de los correspondientes titulares de derechos, salvo en aquéllos casos en que el uso llevado a efecto se encuentre exceptuado de la protección de los derechos intelectuales o que el objeto intelectual empleado se encuentre dentro de los bienes que integran el patrimonio cultural común⁵⁷.

Aun cuando sea claro que las bibliotecas y los archivos son tenidos por usuarios de creaciones intelectuales por el legislador, no resulta sencillo identificarlos como entidades autónomas para los efectos de aplicar las disposiciones de la LPI, debido a la inexistencia de normas que definan qué se entiende por tales y quienes responden por su actividad, además de la inespecificidad de los términos que se refieren a ellos en la legislación, en circunstancias en que ambos designan una multiplicidad de objetos diferentes, lo cual plantea dudas razonables respecto del sentido y alcance de los preceptos que regulan su actividad: ¿las normas de la LPI son aplicables por igual a las bibliotecas familiares y a aquéllas establecidas para la satisfacción de la comunidad como ocurre con las bibliotecas municipales?, ¿es necesaria la autorización de los titulares de derechos o de quienes los representen para la digitalización de los archivos epistolares de comunidades religiosas u organizaciones no gubernamentales, entre otros colectivos y personas jurídicas, que no se encuentran disponibles para la consulta del público?, ¿deben estas instituciones o colectivos pagar una remuneración a los titulares de derechos por la reproducción casual de dichos documentos?, ¿la biblioteca o archivo de un servicio público que no tiene

⁵⁷ La necesidad de autorización para todo uso no exceptuado de las piezas intelectuales del dominio privado cuyos ejemplares forman parte de la colección de una biblioteca o archivo arranca de las propias facultades que otorga el derecho patrimonial de autor, respecto de las cuales el artículo 19 de la LPI expresa que “nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor”, agregando que “la infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes”.

personalidad jurídica ni patrimonio propio debe conseguir autorización para la explotación no exceptuada de obras intelectuales del dominio privado o es el órgano del Estado responsable del servicio el que debe hacerlo?. La solución de interrogantes como éstas es crucial para el sistema de protección de los derechos intelectuales, pues permite definir el ámbito de acción de los titulares de derechos respecto del ejercicio de su derecho patrimonial así como también el de los beneficiarios de las excepciones a la protección del derecho de autor.

CASTRO y GRUBSIC observan que no existe una definición en la LPI para los términos “biblioteca” y “archivo”, a la vez que rescatan el tratamiento que da a estas instituciones el Decreto con Fuerza de Ley N° 5.200 de 1.929 del Ministerio de Educación Pública sobre instituciones nacionales patrimoniales dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural. Este cuerpo legal caracteriza a las bibliotecas, archivos y museos por su vocación de orden, colección, facilitación de la investigación y divulgación de la cultura, aun cuando no se trate de instituciones emparentadas con la docencia⁵⁸. Los citados autores agregan a su análisis una serie de clasificaciones, deteniéndose en la distinción entre aquéllas bibliotecas con ánimo de lucro y las que carecen de él para adherir a lo planteado por CAMPOS en cuanto a vincularlas a las personas jurídicas propietarias y a indicar que la finalidad de lucro de aquéllas seguirá a la de éstas⁵⁹, de lo cual se extrae que conciben a las instituciones analizadas como organismos con personalidad jurídica propia dedicadas a la colección de obras intelectuales para su consulta. Sin embargo, el goce de personalidad jurídica de una biblioteca no resulta un criterio rotundo para los efectos de aplicar las normas de la LPI por dos razones: en primer lugar, por la

⁵⁸ CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Daniel Álvarez Valenzuela. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2.014, p. 11-20.

⁵⁹ De este modo, CASTRO y GRUBSIC indican que se “considerarán con fines de lucro aquellas bibliotecas que dependen de personas jurídicas que posean este carácter” y que, por el contrario, “sin fines de lucro serán las bibliotecas de personalidades jurídicas de derecho público y aquellas de derecho privado que específicamente pertenezcan a esta categoría, como lo son por ejemplo, las corporaciones, asociaciones o las fundaciones” (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 51-58).

carencia de normas que vinculen forzosamente las funciones o actividades de estas instituciones con personas jurídicas, de manera de impedir a las personas naturales u otro tipo de colectivos sin personalidad jurídica propia operar bibliotecas, lo que, en segundo lugar, hace posible que ello suceda en la práctica. En efecto, las bibliotecas son montadas tanto en el sector público como en el privado, por entidades dependientes de órganos del Estado como por empresas, corporaciones, fundaciones, asociaciones gremiales y un sinnúmero de otras organizaciones comunitarias, muchas de ellas sin personalidad jurídica, para las cuales estas instituciones encarnan una unidad de servicio que no representa necesariamente el único giro o actividad desarrollado. Asimismo, es frecuente la colección de ejemplares de obras intelectuales por personas naturales para su disfrute no solo dentro de su entorno íntimo. Por cierto, lo antedicho también resulta aplicable para el caso de los archivos.

Tras lo observado y teniendo presente que para el derecho de autor es usuario todo aquél que usa una obra intelectual, resulta más apropiado entender que la LPI concibe a las bibliotecas y archivos como servicios que cumplen las funciones que las caracterizan, que operan bajo la dirección y responsabilidad de las personas naturales o jurídicas que los ofrecen al público, pues solamente estas personas podrían ejercer las prerrogativas o permisos que la ley otorga, entre ellos las limitaciones o excepciones a la protección de los derechos intelectuales, además de cumplir las exigencias que ésta dispone y responder por su incumplimiento. En otras palabras, las disposiciones de la LPI distinguen -por una parte- al agente responsable del servicio de biblioteca o archivo del -por la otra- servicio mismo. Así, a dicho agente le serán aplicables todas las normas de la LPI que afectan a los usuarios de obras intelectuales del dominio privado por cuanto es usuario, mientras que al servicio de biblioteca o archivo todas aquellas disposiciones que regulen ésta actividad según la LPI, especialmente aquéllas referidas a las excepciones y limitaciones a la protección del derecho de autor existente para este rubro.

Esta doble dimensión de la concepción de bibliotecas y archivos en la LPI no solamente hace posible atribuir responsabilidad a las entidades que los controlan, sino que también caracteriza un tipo de servicio, independientemente de la actividad económica o rubro principal que desarrolle su agente responsable, pertenezca o no al sector lucrativo. Además, admite la multiplicidad de rubros del agente responsable, impidiendo que las excepciones o limitaciones establecidas en beneficio de bibliotecas y archivos sean hechas valer para actividades distintas a las previstas por el legislador, como asimismo posibilita el aprovechamiento de estas disposiciones en beneficio de una pluralidad de bibliotecas y archivos pertenecientes a un mismo agente.

II. LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA GESTIÓN COLECTIVA DEL LIBRO Y SU VIABILIDAD TRAS LA ENTRADA EN VIGENCIA DE LA LEY N° 20.435.

2.1. La gestión colectiva del libro tras la entrada en vigencia de la Ley N° 20.435.

2.1.1. Panorama histórico de la gestión colectiva del libro en Chile.

El sistema chileno de protección de la propiedad intelectual desde sus inicios propició el desarrollo de la gestión colectiva del derecho de autor, dada su concepción individualista y las amplias facultades que el Código Civil otorgaba y sigue otorgando a las personas para la representación de intereses ajenos. Sin embargo, el sector de las llamadas industrias creativas del siglo XIX no gozaba en el país de un nivel de crecimiento que hiciera viable la instauración y consolidación de dicha forma de administración de derechos intelectuales con la potencia con la que era desarrollada en Europa, menos aún para usos distintos de la comunicación pública de obras dramáticas y musicales. Así, la explotación del derecho de autor de las obras expresadas en forma de libro era realizada particularmente por los titulares de derechos y los editores autorizados por éstos en un modelo de negocio que apunta principalmente a la fabricación de copias impresas, el cual no ha sufrido mayores transformaciones desde allí hasta la actualidad.

Las primeras leyes que regularon el derecho de autor en el país fueron particularmente protectoras de la manufactura de ejemplares y distribución comercial realizada en función de las obras protegidas, dejando espacios para su ilimitado aprovechamiento en todas aquellas utilidades no comprendidas en las facultades que aquél comprendía. En efecto, tanto la Ley sobre Propiedad Literaria y Artística de 24 de julio de 1.834 como el posterior Decreto Ley N° 345 de 1.925 concibieron el derecho de autor como la estricta facultad de los creadores

intelectuales para vender y distribuir las copias de sus obras, contemplando sanciones para quienes reprodujeran y comercializaran ejemplares no autorizados de libros. Otros usos de las obras protegidas, entre ellos el préstamo gratuito o por suscripción y su consulta al interior de bibliotecas y archivos, se entendían liberados de la necesidad de autorización por parte de los titulares de derechos, de manera que no existían fundamentos para el cobro de una remuneración por las utilidades realizadas por dichos establecimientos o instituciones⁶⁰ ni, por consiguiente, estímulos para la gestión colectiva de los derechos del libro.

Este paradigma pudo haber cambiado con la entrada en vigor de la LPI en 1.970, que, inspirada en los tratados internacionales sobre la materia, entre ellos la Convención Universal sobre Derecho de Autor de 1.952, la Convención de Roma sobre Derechos Conexos de 1.961 y la revisión de la Convención Internacional de la Unión de Berna de 1.967, extendió el alcance del derecho de autor a los derechos morales y, a su vez, amplió los derechos patrimoniales para comprender en él las nuevas formas de utilización de las obras intelectuales, estableciendo un acotado catálogo de excepciones y limitaciones a la protección del derecho de autor, entre las cuales no se contemplaba disposición alguna en beneficio exclusivo de la generalidad de las bibliotecas y archivos. En efecto, los únicos servicios de esta clase que se vieron favorecidos por alguna excepción o limitación fueron aquéllos pertenecientes a establecimientos educacionales, de beneficencia u otras

⁶⁰ El primer artículo de la Ley sobre Propiedad Literaria y Artística establecía en su artículo 1° que “Los autores de todo género de escritos (...) tendrán el derecho exclusivo, durante su vida, de vender, hacer vender o distribuir sus obras por medio de la imprenta (...) o cualquier otro medio de reproducir o multiplicar las copias” [sic], previendo en su artículo 15° que “si alguno reimprimiere, grabare, imitare una obra ajena, o de cualquier otra manera contraviniera a las disposiciones de esta lei, podrá el interesado denunciarle ante el juez, quien le juzgará sumariamente con arreglo a las leyes vigentes sobre usurpación de la propiedad ajena”. El Decreto Ley 345 de 1.925, por su parte, en su artículo 1° definía la propiedad intelectual como “el derecho exclusivo de distribuir, vender o aprovechar con fin de lucro una obra de la inteligencia por medio de la imprenta, litografía, grabado, copia, molde, vaciado, fotografía, película cinematográfica, discos de gramófono, rollo para instrumento mecánico, ejecución, conferencia, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión radio-telefónica, o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión”, constituido por medio de registro en la Biblioteca Nacional, prescribiendo que comete delito el que viola cualquiera de los derechos exclusivos establecidos en dicha ley y que importaba “contravención el utilizar para fines de lucro ejemplares fabricados o puestos en circulación infringiendo los derechos expresados; a menos que se pruebe buena fe en la adquisición y uso de dichos ejemplares”.

instituciones similares, pero únicamente para la comunicación o ejecución pública de las obras de su colección, siempre y cuando fuera realizada sin ánimos de lucro⁶¹. Sin embargo, la ausencia de excepciones específicas para el préstamo de libros a usuarios o a otras bibliotecas y para la reproducción de las colecciones de estas instituciones, así como la carencia de excepciones para otros usos relacionados con los servicios de bibliotecas y archivos pertenecientes a los establecimientos e instituciones no contemplados en la ley, no fueron suficientes para estimular la creación de EGC que se preocuparan de este ámbito de explotación del libro.

El empleo de la gestión colectiva para la administración de los derechos de las obras literarias y del libro ha sido reciente y más aún la preocupación por las utilidades de éste por las bibliotecas y archivos. La única EGC que opera en la actualidad para la administración de los derechos generados por el uso de obras literarias, ilustradas o no, es SADEL⁶², fundada a fines del año 2.000, la cual no pudo ejercer dicha actividad sino hasta el año 2.009, con la publicación de la autorización para realizar actividades de este tipo otorgada por el Ministerio de

⁶¹ El artículo 47 de la LPI, en su versión originaria, indicaba que “no se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro de núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones similares, siempre que esta utilización se efectúe sin ánimo de lucro”, agregando que en dichos casos no se requería remunerar al autor ni obtener su autorización en forma previa a la utilización.

⁶² Si bien otras EGC se encontraban autorizadas para la gestión del derecho de reproducción impresa de obras escritas y gráficas hacia la fecha de publicación de las tarifas generales de SADEL, aquéllas no hacían alusión a bibliotecas y archivos, así como tampoco a centros de fotocopiado. Así se desprende del texto de las Tarifas Generales de la Sociedad de Autores Nacionales de Teatro, Cine y Audiovisuales (ATN), aprobadas por su Consejo Directivo, en sesiones de fechas 28 de noviembre, 17 de diciembre de 2.002 y 11 de marzo de 2.003, publicadas en el Diario Oficial el día 26 de marzo de 2.003, y de las Tarifas Generales de Sociedad de Gestión de los Creadores de Imagen Fija (CREAIMAGEN), aprobadas por su Consejo Directivo en sesión de fecha 16 de noviembre de 2.000, publicadas en el Diario Oficial el día 7 de diciembre del mismo año.

Educación⁶³ y de sus tarifas generales a mediados del año siguiente⁶⁴. Empero, estas tarifas no se encontraban dirigidas específicamente a bibliotecas y archivos, sino a centros o establecimientos de enseñanza superior, centros de enseñanza musical, centros de fotocopiado, propietarios de redes telemáticas internas, proveedores de servicios de Internet y redes públicas similares y productores o fabricantes de productos multimedia y de almacenamiento electrónico de obras del repertorio administrado, lo que dejaba desatendidas de la mirada de las EGC locales muchas de las utilizaciones secundarias de libros cuyos derechos pudieron haberse administrado colectivamente en beneficio de sus titulares.

Al día 4 de mayo de 2.010, fecha en que entró en vigencia la Ley N° 20.435, que introdujo las excepciones o limitaciones a la protección de los derechos intelectuales que rigen actualmente, la gestión colectiva de las obras literarias era una actividad económica novel que postergaba la administración de muchos usos efectuados en la época y que no atendía a la administración de los derechos asociados al libro en atención a su peculiar morfología.

Por lo demás, dichas nuevas excepciones transformaron profundamente el panorama para la gestión colectiva del libro, entorpeciendo su incipiente práctica y, por consiguiente, perjudicando a los autores y demás titulares afiliados a dicho sistema de administración de derechos. En efecto, aunque estas excepciones favorecen a un grupo particular de servicios de bibliotecas y archivos, consistente en aquéllos sin fines de lucro, no todo uso realizado por estos establecimientos -y, en teoría, ninguno de los empleados por aquéllos con finalidad lucrativa- se encontraría liberado de la necesidad de autorización previa por parte de los titulares

⁶³ Los estatutos de la Sociedad de Derechos de las Letras (SADEL, anteriormente Sociedad de Derechos Literarios) fueron otorgados por escritura pública de 8 de noviembre del año 2.000. La concesión de personalidad jurídica y aprobación de los estatutos de SADEL fue establecida por medio del Decreto Exento N° 699 de 14 de diciembre de 2.002 del Ministerio de Justicia. Sin embargo, la autorización para gestionar colectivamente los derechos de autor indicados en sus estatutos fue otorgada por Resolución Exenta N° 8.817 de 11 de diciembre de 2008 del Ministerio de Educación, publicada en el Diario Oficial el día 20 de enero de 2.009.

⁶⁴ El tarifario general de SADEL fue aprobado por su Consejo Directivo en sesión ordinaria de 12 de mayo de 2.010 y publicado en el Diario Oficial el día 2 de junio del mismo año.

de derechos. Empero, la vaguedad de muchos de los términos contenidos en estas disposiciones permite a los responsables de los servicios de bibliotecas y archivos diluir razonablemente, mediante los mecanismos procesales pertinentes, las pretensiones de control, licenciamiento e indemnización de perjuicios de los titulares de derechos de obras publicadas en libros representados por las EGC nacionales.

Los esfuerzos de SADEL por modificar sus tarifas durante los años 2.011 y 2.014 tampoco han sido suficientes para consolidar la gestión colectiva de las obras literarias, menos aún del libro, de manera de conseguir una remuneración por los usos secundarios de obras intelectuales protegidas efectuados en los diversos servicios de bibliotecas y archivos del país. En estas circunstancias y a la fecha de presentación de la presente investigación, esta actividad económica no presenta un real despliegue, de manera que al constatar la práctica de usos masivos de obras intelectuales del dominio privado a través de diversos medios físicos y virtuales, particularmente en la actividad diaria de bibliotecas y archivos, podemos inducir que en la actualidad no solamente existen autores y titulares de derechos vulnerados en éstos, así como también una cantidad no menor de usuarios del libro que cometen infracciones a la LPI por la utilización no autorizada de creaciones del dominio privado.

2.1.2. La problemática jurídica para la gestión colectiva del libro en Chile tras la modificación a la LPI introducida por la Ley N° 20.435.

Hasta el año 2.010, Chile no confería excepciones especiales en beneficio de bibliotecas, archivos ni de sus usuarios. No obstante, una interpretación comprensiva del primer inciso del artículo 47 de la LPI, derogado por la Ley N° 20.435, permitía entender a los primeros dentro de sus inmediaciones físicas y solo si éstos pertenecían a los establecimientos indicados, puesto que este precepto establecía que no se consideraba comunicación o ejecución pública de la obra y de los fonogramas su utilización en ellos cuando ésta era realizada sin fines de lucro.

La referida disposición indicaba textualmente lo siguiente:

“Para los efectos de la presente ley 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 u otras instituciones similares, siempre que esta utilización se efectúe sin ánimo de lucro. En estos casos no se requiere remunerar al autor, ni obtener su autorización.”.

Como se aprecia, la norma no hacía mención expresa de las bibliotecas y de los archivos, pero podía entenderse aplicable a ellos en tanto los establecimientos educacionales, de beneficencia y similares aludidos contaran con dichos servicios. Sin embargo, las excepciones a la protección de los derechos intelectuales deben interpretarse restrictivamente de acuerdo a las reglas de su sistema especial de protección⁶⁵, por lo que las bibliotecas y los archivos, en tanto establecimientos o servicios independientes, no quedaban jurídicamente incluidos dentro de la hipótesis del artículo 47. Por lo demás, la mención a las instituciones similares a los establecimientos educacionales y de beneficencia, aun cuando la norma no otorgaba un mayor nivel de certeza jurídica en cuanto a la determinación de qué se entendía por tales, no resultaba suficiente para entender incluidos a las bibliotecas y los archivos dentro de los beneficiarios de la norma, aun cuando éstos se relacionaran directamente con funcionalidades asociadas a la educación o la beneficencia, como ocurría con las bibliotecas dispuestas por las municipalidades para el apoyo de del currículum educativo o los archivos institucionales dispuestos

⁶⁵ La doctrina es conteste en este sentido. LIPSZYC es categórica en indicar que en atención a que “el derecho de autor es reconocido con carácter genérico, las limitaciones se deben interpretar y aplicar en forma restrictiva” (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 220). CREWS explica que “debido a que el derecho de autor se estructura generalmente como un conjunto de derechos conferidos a los titulares, se suele entender que las excepciones tienen una aplicación relativamente restringida o al menos especial” (CREWS, Kenneth. Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Ginebra, Suiza. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2008, p. 29).

por diversas organizaciones de caridad para la difusión y preservación de su memoria, pues las actividades de éstas distaban de la educación formal⁶⁶ y, ciertamente, de las actividades caritativas a las cuales aludía la disposición.

Además, del tenor del derogado artículo en comento podía también apreciarse la intención del legislador de excluir de su esfera a las empresas, organizaciones sin fines de lucro y organismos públicos, aun cuando tuvieran un giro o vocación educativa o de beneficencia, pues no aparecían expresamente insinuados ni tampoco resultaban similares a los establecimientos que sí.

En cuanto a los usos permitidos por dicha disposición, únicamente se hacía referencia a la comunicación y a la ejecución pública de obras y fonogramas, de manera que no quedaban comprendidos en la excepción otros usos como la reproducción, la distribución y la transformación, lo cual adquiriría una particular relevancia, pues posibilitaba el ejercicio del derecho de autor en relación con diversos usos realizados por las bibliotecas y archivos en la época para obtener una remuneración equitativa, entre ellos la reprografía, la reproducción de todo o parte de los ejemplares de una colección para fines de respaldo o conservación y la traducción de obras escritas en idiomas distintos del castellano. A las anteriores utilidades debían sumarse aquéllos asociados a la modernización de los servicios ofrecidos a través de las bibliotecas y archivos a la luz de las nuevas tecnologías, tales como la digitalización de ejemplares de sus colecciones para su conservación o consulta por medio de la visualización en computadoras conectadas a redes locales y equipos remotos, así como también la puesta disposición de versiones

⁶⁶ La derogada Ley N° 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, publicada en 1.990, en su artículo 4 indicaba que “la enseñanza formal es aquella que, estructurada científicamente, se entrega de manera sistemática” y que se encuentra constituida “por niveles que aseguran la unidad del proceso educativo y facilitan la continuidad del mismo a lo largo de la vida de las personas”, vinculando esta actividad a establecimientos establecidos para dichos fines. La Ley N° 20.370 General de Educación, del año 2.009, recogió en el tercer inciso de su artículo 2 la definición de enseñanza formal de la derogada Ley N° 18.962 y su relación con los establecimientos educacionales. Ambas leyes excluyen a las bibliotecas y a los archivos de la enseñanza formal como concepto.

electrónicas de libros de su colección a través de servicios de Internet para la consulta del público.

Es así que entre 1.970, fecha en que entró en vigencia la LPI, y el 4 de mayo de 2.010, fecha en que comenzó a regir la Ley N° 20.435, las posibilidades de licenciamiento -y, por tanto, de gestión colectiva- en torno a la actividad de las bibliotecas y archivos en Chile se encontraban completamente abiertas dada la existencia de una diversidad de usos administrables y de usuarios no liberados de necesidad de autorización.

La Ley N° 20.435, como ha sido indicado anteriormente, modificó el sistema de excepciones y limitaciones a la protección de los derechos de autor y conexos, incorporando nuevas y complementando o perfeccionando algunas ya existentes, entre las cuales resulta relevante la dispuesta en el artículo 71 N, cuya redacción reproduce lo indicado en el primer inciso del derogado artículo 47, agregando formalmente entre los establecimientos favorecidos a las bibliotecas y archivos, mermando así las posibilidades de los titulares de derechos para exigir una remuneración por la comunicación pública sin fines de lucro en estos establecimientos. En efecto, el actual artículo 71 N de la LPI señala lo siguiente:

“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.”.

Asimismo, las nuevas excepciones explícitamente preceptuadas para el beneficio de bibliotecas y archivos sin fines de lucro, establecidas en los artículos 71 I a 71 L, se refieren a otros derechos, como la reproducción de ejemplares y su traducción, así como también a una supuesta puesta a disposición a través de redes

computacionales, pero no precisamente en términos lo suficientemente claros como para facilitar el conocimiento de su alcance: el artículo 71 I posibilita a las bibliotecas y archivos reproducir ejemplares limitados de sus colecciones siempre que no se encuentren en venta en el mercado nacional e internacional por más de tres años, sin especificar cuál o cuáles mercados de bienes deberá ser tenido en cuenta para los efectos de aplicar esta excepción; el artículo 71 J indica que estas instituciones podrán realizar copias de “fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones”, a solicitud de sus usuarios y para su uso personal, sin establecer una definición de “fragmento” ni reglas para determinar su extensión; el artículo 71 K tampoco define “reproducción electrónica”, dificultando demostrar si la excepción es aplicable a la digitalización de ejemplares físicos; el mismo artículo nuevamente ofrece términos poco claros para aludir a la consulta de obras de una colección en equipos de la respectiva biblioteca o archivo, hasta por un número “razonable” de usuarios; tampoco estas excepciones indican qué es el fin de lucro para una biblioteca o archivo, si acaso es definido por la personalidad jurídica de la entidad propietaria o por los cobros de tasas o contraprestaciones en dinero a sus usuarios. Estos son algunos ejemplos de las dudas que surgen respecto de las actuales excepciones para bibliotecas y archivos.

En este escenario de incertidumbre, la gestión colectiva del libro aparece como una actividad teóricamente posible pero prácticamente impedida para los usos masivos de esta clase de publicaciones, entre los cuales resultan frecuentes la fotocopia o reprografía, la digitalización para consulta remota a través de redes de computadores, la puesta a disposición de obras protegidas a través de sitios web, el préstamo con desplazamiento de ejemplares físicos y la impresión de libros electrónicos o digitalizados, actividades que a menudo son realizadas por bibliotecas y archivos. Dichas utilizaciones, en tanto formas de aprovechamiento de obras intelectuales que requieren de licencia por parte de sus titulares de derechos, por cuanto no se relacionan con el derecho de distribución o exceden el ámbito del

agotamiento de éste⁶⁷, no se encuentran cubiertas por el mercado tradicional de esta clase de publicaciones, constituido principalmente por la actividad de las librerías y otros establecimientos dedicados a la venta de bienes al público final, y frecuentemente se relacionan con derechos administrados por sus titulares, pues no son incluidos en los contratos de editorial⁶⁸, razón por la cual su gestión colectiva puede ser la herramienta más conveniente para el control del uso de las obras difundidas en forma de libro. Sin embargo, las nuevas excepciones, si bien favorecen a un grupo delimitado de usuarios, se encuentran expresadas en términos tan vagos que aparentemente desdibujan su campo de acción, desafiando las normas instituidas en los tratados internacionales para el establecimiento de excepciones a la protección del derecho de autor en las legislaciones internas a la vez que generan un clima de incerteza jurídica que perjudica tanto a los titulares de derechos como a los usuarios de obras intelectuales. En efecto, la indeterminación respecto de los sujetos beneficiados por la norma así como también de los usos permitidos por ella conlleva a la eventual cobertura de situaciones no previstas por el legislador, causando un daño económico muy difícil de calcular para los titulares de derechos, el cual podría estimarse muy grave para el caso de aquellos autores de publicaciones que no se comercializan por los canales tradicionales para el libro, constituidos principalmente por librerías, sino que son impresos en muy pocos ejemplares para su entrega directa al público o su consulta en establecimientos, o bien dispuestos digitalmente en sitios web corporativos, tales como revistas

⁶⁷ El segundo inciso de la literal e) del artículo 18 de la LPI indica que “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”, dejando fuera de la hipótesis a diversos usos de las obras intelectuales protegidas, como aquéllos relacionados con el derecho de reproducción, la comunicación al público en cualquier forma, el arrendamiento y el comodato con o sin desplazamiento de los ejemplares. A pesar de este fundamento textual, algunos investigadores nacionales han sostenido que la doctrina del agotamiento del derecho de distribución extiende su aplicación al préstamo de ejemplares de propiedad de una biblioteca (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 15).

⁶⁸ La LPI caracteriza al contrato de edición como una convención por medio de la cual el titular de derechos de autor entrega una obra al editor para que éste la reproduzca y distribuya sus ejemplares (artículo 48), reteniendo el primero “los derechos exclusivos de traducción, presentación en público, adaptación cinematográfica, fonográfica o televisual y todos los demás de utilización de la obra” (artículo 49).

académicas o institucionales, destruyendo sus expectativas de una justa remuneración por el uso masivo de sus obras por parte de quienes disponen de ellas a través de sus servicios de biblioteca y archivos⁶⁹.

Las circunstancias descritas y el tenor de las excepciones mencionadas hacen surgir interrogantes trascendentales no solamente para los titulares de los derechos de autor de las obras que se expresan en forma de libro, sino que también para las entidades que sostienen servicios de bibliotecas y archivos: ¿es posible obtener una remuneración por los usos realizados por bibliotecas y archivos, especialmente aquellos sin fines lucrativos, del libro y de las obras expresadas en dicha forma cuyos ejemplares integren las respectivas colecciones?, ¿hasta qué punto las excepciones incorporadas por la Ley N° 20.435 liberan de necesidad de autorización a las personas o instituciones sostenedoras de bibliotecas y archivos sin fines de lucro?, ¿cuándo las personas o instituciones cuyas bibliotecas y archivos realizan usos secundarios de los libros de su colección deben conseguir la autorización de los correspondientes titulares para realizar su actividad?, ¿qué utilidades de las realizadas por bibliotecas y archivos no se encuentran exceptuadas de protección de los derechos de autor?, ¿cuándo la actividad de una biblioteca o archivo sin fines de lucro infringe la LPI?

Las respuestas a estas preguntas, que demandan del examen profundo de las excepciones vigentes, permitirán evaluar qué tan protegidos se encuentran los titulares de derechos de autor por nuestra LPI y las entidades usuarias del libro a través de bibliotecas y archivos, así como también evaluar estrategias para la superación de las eventuales dificultades para la administración individual y colectiva de los respectivos derechos con dos claros objetivos: asegurar un provecho económico justo para los titulares de derechos involucrados, por una

⁶⁹ No existen datos suficientes para caracterizar razonablemente el mercado de los usos secundarios de estas obras -especialmente libros o publicaciones similares- para determinar su tamaño y prácticas. Si bien el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes estima que el consumo intermedio representa una de las mayores fuentes de ingreso de las editoriales locales, nada dice al respecto de los ingresos de los autores o titulares de derechos de las obras publicadas para este tipo de consumo (Mapeo de las Industrias Creativas en Chile, 2014).

parte, y, por la otra, evitar que las personas sostenedoras de bibliotecas y archivos incurran eventualmente en infracciones a la LPI. Bajo estas directrices, en las siguientes líneas serán estudiadas las excepciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI y su relación con otras disposiciones de este cuerpo legal, de manera de delimitar, en cuanto sea posible, su sentido y alcance, así como también el ámbito de acción para que los titulares de derechos de autor puedan practicar el control sobre el uso de sus obras y, con ello, ejercer sus facultades adecuadamente.

2.2. Estudio del régimen de excepciones a la protección de los derechos intelectuales introducido por la Ley N° 20.435 que inciden en la gestión colectiva del libro.

2.2.1. Características comunes de las excepciones para bibliotecas y archivos establecidas en la LPI.

Más allá de los elementos característicos de toda limitación a la protección del derecho de autor, las excepciones establecidas en la LPI en beneficio de las bibliotecas y archivos sin fines de lucro contienen una serie de elementos en común que uniforman su ámbito de aplicación. Ello se debe a que aun cuando el proyecto de ley que buscó su instauración diferenciaba tres categorías de bibliotecas y archivos -aquellos sin fines de lucro, los que se encontraban abiertos al público y las bibliotecas dependientes de establecimientos educacionales-, la discusión legislativa devino en un tratamiento homologado con el cual se les dio una unidad conceptual, la cual posibilita su estudio en conjunto, de manera de dar coherencia a su dificultosa interpretación.

En función de lo enunciado, en este apartado serán analizados los aspectos comunes de las excepciones de la LPI en beneficio de bibliotecas y archivos para

posteriormente tratar uno a uno estos artículos que las establecen, atendiendo exhaustivamente sus particularidades desde un estudio normativo.

Tras lo antedicho, las principales características de las excepciones instituidas por los artículos 71 I a 71 L de la LPI son las siguientes: han sido dispuestas para establecimientos dedicados a prestar servicios de biblioteca y de archivo que no tienen fines de lucro, permitiendo, en general, la utilización de toda clase de obras mediante la reproducción de ejemplares físicos adquiridos conforme a derecho y que integran las colecciones de las respectivas instituciones.

a) Han sido dispuestas para establecimientos dedicados a prestar servicios de biblioteca y de archivo.

Al efecto, es necesario aclarar que estas normas, así como la discusión legislativa que les dieron origen, aluden a establecimientos físicos, excluyendo a las llamadas bibliotecas y archivos virtuales ofrecidos exclusivamente como servicios de Internet u otros similares. El artículo 71 K conduce a aseverar lo anterior, pues alude a utilizations de obras vinculadas a las redes telemáticas de la respectiva biblioteca o archivo. Además, si se tiene en consideración la unidad de lenguaje de este artículo con los demás en estudio, se obtiene que todas estas disposiciones hablan de la misma clase de establecimientos, lo cual se ve reforzado por el artículo 71 N de la LPI, que si bien en lo conceptual no corresponde a una de las excepciones dispuestas exclusivamente para bibliotecas y archivos sin fines de lucro, beneficia a estas instituciones en cuanto a su emplazamiento territorial. La unidad conceptual de estos artículos y de los demás que establecen excepciones para bibliotecas y archivos permite concluir que no existe un tratamiento diferenciado que fuerce a considerar a las bibliotecas electrónicas o centros de documentación virtual dentro de las instituciones beneficiadas por la LPI.

La historia de la Ley N° 20.435 es coincidente con esta interpretación. Es así que el Mensaje con el cual se inició su tramitación habla de las bibliotecas y archivos como “centros de interacción de la cultura y la educación”, algunos de ellos “abiertos al público”, aludiendo a “instalaciones de la misma institución” y señalando que “estas disposiciones no son aplicables a cualquier biblioteca o archivo, pues sólo beneficia a aquellas instituciones que no tengan ánimo de lucro y que se encuentren abiertas a la comunidad, excluyéndose de estas excepciones a todas aquellas instituciones de acceso restringido o condicionado”⁷⁰. Esta circunstancia fue sostenida reiteradamente durante la discusión del proyecto, circunscribiendo la discusión parlamentaria únicamente en torno a las bibliotecas y archivos entendidos en su dimensión de establecimientos.

De conformidad a lo anterior, quedan excluidos de la aplicación de las excepciones en análisis los sitios web, servidores y cualquier otro tipo de servicio de almacenamiento y difusión de documentos electrónicos destinados a ser abiertos, reproducidos o interpretados por aparatos electrónicos a solicitud de sus usuarios, aun cuando se trate de servicios de acceso restringido y sin fines lucrativos, por el hecho de no constituir establecimientos en el sentido de las disposiciones en estudio.

b) Han sido establecidas para las bibliotecas y archivos que no tienen fines de lucro.

Los artículos 71 I a 71 L principian de la misma forma: “las bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos podrán...”. Sin embargo, estas normas no determinan qué debe entenderse por tales “fines lucrativos”.

⁷⁰ Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Artículo 1° N° 8 (introduce artículos 71 I a 71 N). Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos para bibliotecas, archivos y para fines educacionales. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 5 – 7.

Esta dificultad interpretativa ha intentado ser resuelta previamente por CAMPOS, citado y seguido por CASTRO y GRUBSIC, quienes concluyen que las bibliotecas y archivos beneficiadas por las excepciones en estudio corresponden a aquéllas constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro⁷¹.

Sin embargo, como ya se ha sostenido en esta investigación, estas normas no identifican el término “bibliotecas y archivos que no tengan fines lucrativos” con “personas sin fines de lucro”⁷², de manera que no es posible concluir forzosamente que la clase de persona jurídica del propietario de una biblioteca o archivo irradia obligatoriamente a estas instituciones sus finalidades en torno al lucro. La enorme variedad de bibliotecas -algunas sostenidas por entidades públicas y otras por privados, unas de contenidos generales y otras de especialidad, entre tantas otras clasificaciones- revela la existencia no solamente de organizaciones detrás de algunas de ellas, sino que también la ausencia de impedimentos jurídicos para que personas naturales, por sí mismas o en forma colectiva sin personalidad jurídica, puedan constituir y operar establecimientos de este tipo en dichas circunstancias. A su vez, tampoco en el derecho nacional existen condiciones que obliteren a los particulares, personas naturales o jurídicas con y sin fines de lucro, así como tampoco a los organismos públicos, establecer bibliotecas o archivos para el servicio de la comunidad o para uso interno, sea en forma gratuita o a cambio de algún importe en dinero, para el caso de los particulares. Es así que el tipo de persona jurídica como único criterio de definición para clasificar a las bibliotecas y archivos entre aquellos que tienen fines de lucro con los que no -y que son beneficiados por las excepciones en estudio- resulta inidóneo además de infundado y discriminatorio en relación con las personas naturales que en forma particular o colectivamente sostienen este tipo de establecimientos.

Luego, para comprender la expresión “que no tengan fines lucrativos” de artículos 71 I a 71 L de la LPI, que también aparece en el ya citado artículo 71 N, es

⁷¹ CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 51-54.

⁷² Ver 1.3.2.

crucial observar a las bibliotecas y archivos en cuanto a su función y objetivos, pues éstos permiten caracterizarlas en cuanto a su actividad, lucrativa o no.

CASTRO y GRUBSIC, en relación con las bibliotecas, rescatan una algunas definiciones que convergen en cuanto a concebirlas como instituciones que se dedican a la colección de ejemplares de obras de diversas clases, principalmente impresos y susceptibles de ser leídos, de manera de facilitar su uso por parte de sus usuarios⁷³. CREWS, para el caso de los archivos, observa que éstos realizan actividades similares a las bibliotecas, compartiendo sus funciones de colección, preservación y suministro de la información contenida en los ejemplares de su propiedad⁷⁴. El Decreto Ley N° 5.200 de 1.929 del Ministerio de Educación Pública sobre instituciones nacionales patrimoniales dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, que contiene la normativa legal vigente para la actividad de las bibliotecas y archivos, coincide con las definiciones estudiadas por CASTRO y GRUBSIC, así como también con las observaciones de CREWS, pues entre sus considerandos tiene presente que “las bibliotecas, los archivos y los museos tienen funciones semejantes y finalidades comunes, ya que coleccionan, ordenan y dan a conocer los elementos destinados a la investigación y a la divulgación de la cultura” y que su actividad corresponde a un servicio⁷⁵.

El entender las bibliotecas y los archivos como un servicio importa admitir que éste puede ser prestado en diversas modalidades, pudiendo la convención que origina la obligación aparecer en forma principal o accesoria a otra, como ocurre -

⁷³ Los autores citan las definiciones extraídas de la 22° edición del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; una definición de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), de acuerdo a la cual una biblioteca “consiste en una colección organizada de libros, impresos y revistas, o de cualquier clase de materiales gráficos y audiovisuales; y sus correspondientes servicios de personal para promover y facilitar el uso de tales materiales, según lo requieren las necesidades de información, investigación, educación y esparcimiento de los usuarios”; y otra de la *American Library Association* (Asociación de Bibliotecas de los Estados Unidos de América, ALA, por sus iniciales en inglés) que define a estos establecimientos como “colección de material de información organizada para que pueda acceder a ella un grupo de usuarios” y que tiene “personal encargado de los servicios y programas relacionados con las necesidades de información de los lectores”.

⁷⁴ CREWS, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁵ Considerandos 1° y 2°.

en el primer caso- con los servicios de biblioteca prestados por bibliotecas abiertas al público y -en el segundo caso- con los servicios de biblioteca pertenecientes a establecimientos educacionales formales, cuya principal obligación es la enseñanza; asimismo, el servicio puede ser entregado en forma gratuita o a cambio de una contraprestación, generalmente en dinero.

Teniendo estas consideraciones presentes, es posible deducir que la mención a las finalidades de lucro en las excepciones en estudio hace referencia únicamente a la eventual onerosidad de los contratos celebrados entre las instituciones beneficiarias y sus usuarios por la prestación de sus servicios, particularmente aquéllos que significan un uso de obras intelectuales del dominio privado. En otras palabras, las excepciones contenidas en los artículos 71 I a 71 L, favorecerían a las bibliotecas y los archivos que no celebran contratos onerosos con sus usuarios a cambio de las prestaciones que realizan dentro de las inmediaciones de sus establecimientos. Ello por la siguiente razón: el derecho de autor confiere la facultad de autorizar el uso de las creaciones intelectuales, generalmente a cambio de una remuneración⁷⁶; a su vez, existen excepciones a dicha protección, establecidas para determinados casos especiales, bajo la condición de que las utilizaciones permitidas por ellas no atenten contra la explotación normal de la obra ni se causen un detrimento injustificado a los intereses de los correspondientes titulares; se sigue que una excepción no corresponde a una utilización normal de las obras del dominio privado, por corriente que sea su ocurrencia, sino que excepcional, valga la redundancia, restringida únicamente a un ámbito reducido de aplicación; luego, una excepción no puede beneficiar un servicio que aproveche las

⁷⁶ El artículo 20 de la LPI regula los contenidos de las licencias para el uso de obras intelectuales, dentro de los cuales destaca la mención expresa a “la remuneración y su forma de pago”, indicando, a su vez, que aquélla no podrá ser inferior al porcentaje que indique el Reglamento. La referida norma, correspondiente al Decreto N° 277 de 2013 del Ministerio de Educación, en su artículo 2 establece que “la remuneración mínima que corresponderá percibir a los titulares de los derechos de autor por la autorización para el uso de obras protegidas, serán los porcentajes señalados en los artículos 50, 53, 61 y 62 de la ley, sin perjuicio de lo acordado contractualmente. Las autorizaciones otorgadas por EGC, de acuerdo al artículo 100 de la LPI, deben ser otorgadas a cambio de una remuneración definida en tarifas establecidas de conformidad a la ley. Las autorizaciones gratuitas para el uso de obras intelectuales son excepcionales y únicamente pueden ser otorgadas por los titulares de derechos o quienes los representen, estando debidamente facultados para ello.

obras intelectuales del dominio privado a cambio de un precio cuando ello compite con la normal explotación de dichas creaciones; por lo tanto, resulta mucho más armonioso con las normas que regulan el establecimiento de excepciones que aquellas en análisis se entiendan aplicables para servicios particularizados que son prestados gratuitamente por parte de bibliotecas y archivos, independientemente del modelo de persona jurídica responsable de éstos.

Esta interpretación también encuentra sustento en los antecedentes históricos de la Ley N° 20.435, cuyo proyecto restringía el alcance de las excepciones en estudio únicamente a las bibliotecas y archivos abiertos al público y sin fines de lucro. El texto propuesto por el Ejecutivo fue modificado luego de su discusión en el Congreso con el objeto de ampliar su cobertura, eliminando toda mención a la condición de encontrarse estos establecimientos abiertos al público, idea central en el texto original, para así incluir a todas las bibliotecas y todos los archivos que no tuvieran fines lucrativos, en atención a su relevancia para el desarrollo del país, al deber de garantizar el acceso a los bienes culturales a todas las personas, así como también a la necesidad de otorgar seguridad jurídica a la labor de estas instituciones. En efecto, el primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, de 4 de octubre de 2.007, describe que las excepciones del proyecto de ley no habrían sido aplicables a cualquier biblioteca o archivo, sino exclusivamente a aquellas instituciones que no tuvieran ánimo de lucro y que se encontraran abiertas a la comunidad, excluyéndose “a todas aquellas instituciones de acceso restringido o condicionado”, cuestión que fue criticada por la Comisión de Bibliotecas del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas y el Colegio de Bibliotecarios de Chile, en atención al aporte realizado por las bibliotecas de acceso restringido y sin fines lucrativos al desarrollo del conocimiento⁷⁷. Estos

⁷⁷ El primer informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, de 4 de octubre de 2.007, da cuenta de la intervención de la Comisión de Bibliotecas del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas y del Colegio de Bibliotecarios de Chile, cuyas representantes puntualizaron la exclusión de un sinnúmero de bibliotecas dependientes de establecimientos educacionales, de acceso es restringido a alumnos y docentes, así como también de diversas entidades públicas y privadas que operaban sin ánimos de lucro, las cuales requerían de un marco jurídico para obrar fuera de la ilegalidad.

argumentos fueron recogidos en el Senado por el Senador Navarro, quien en la discusión en sala manifestó la necesidad de beneficiar la labor de todo tipo de bibliotecas, por cuanto ella no importaba perjuicios económicos para los titulares de derechos⁷⁸, tras lo cual fueron formuladas una serie de indicaciones para eliminar toda referencia a las bibliotecas y archivos abiertos al público y, en cambio, extender la cantidad de establecimientos beneficiarios a todas aquéllas bibliotecas y archivos sin fines comerciales⁷⁹. Al respecto, en sesión de la Comisión de Economía del Senado, el Senador Vásquez planteó aclarar los términos “fines lucrativos” y “fines comerciales” en la discusión, en atención a la existencia de actos lucrativos que no constituyen actos de comercio, además de sugerir la eliminación de la mención a las bibliotecas y los archivos abiertas al público en las excepciones del proyecto para incluir así a las bibliotecas de establecimientos educacionales privados, los cuales persiguen fines de lucro, observación que fue seguida por los demás integrantes de la Comisión, quienes aprobaron las indicaciones abordadas en sala en dicho sentido⁸⁰. De esta forma y en adelante, la discusión legislativa separó los servicios de enseñanza de los servicios de bibliotecas prestados por las mismas entidades, instalándose como idea subyacente del proyecto el beneficio para las bibliotecas y los archivos que no persiguieran el lucro o remuneración por su actividad, independientemente del valor comercial del servicio de educación impartido por la misma entidad responsable o sostenedora y de la clase de persona de ésta.

Como consecuencia, los servicios de arrendamiento de las copias de una colección y aquellos que permiten el acceso, consulta y desplazamiento de las

⁷⁸ El Senador arguyó que “todas las bibliotecas, sean públicas o privadas, se hallan abiertas a la comunidad, y su praxis no vulnera a la industria cultural, no la lesiona ni le provoca perjuicios injustificados”, razón por la cual manifestó creer “razonable e indispensable que tanto ellas como sus empleados y usuarios estén amparados por la ley en proyecto y no sean objeto de ningún tipo de discriminación” (Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Artículo 1° N° 8 [introduce artículos 71 I a 71 N]. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos para bibliotecas, archivos y para fines educacionales. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 74).

⁷⁹ Boletín de Indicaciones del Senado del 7 de abril de 2008.

⁸⁰ Segundo Informe de Comisión de Economía del Senado, de fecha 1 de septiembre, 2009. Cuenta en Sesión 45, Legislatura 357.

reproducciones de obras de una biblioteca o archivo previo pago de una tasa de suscripción no se eximen del deber de estar autorizados por los respectivos titulares de derechos, pues estas hipótesis revelan ánimo de lucro de dichas prestaciones.

Surge la interrogante acerca de la posibilidad de que las bibliotecas y archivos que mantienen usuarios gratuitos y usuarios pagos puedan aprovechar estas excepciones, como sería el caso de una asociación gremial profesional que ofrece libremente sus servicios de documentación a sus asociados pero que permite, a su vez, la consulta de terceros no afiliados previo pago de una tarifa. Sin embargo, este tipo de situaciones puede ser resuelta por medio del establecimiento de tarifas diferenciadas para este tipo de servicios de bibliotecas y archivos, regulado por el artículo 100 y siguientes de la LPI.

c) En general, posibilitan el uso de toda clase de obras intelectuales.

Las excepciones establecidas en los artículos en análisis permiten la utilización de toda clase de obras intelectuales, sin distinguir entre el número de autores, su procedencia, forma de expresión ni edición. Únicamente el artículo 71 L constituye una salvedad a esta regla, al ser aplicable exclusivamente a las obras escritas que indica.

Esta amplitud de términos proviene de la aspiración del legislador de contribuir a la educación y a la preservación de la cultura universal a través de los establecimientos bibliotecarios y archivos, el cual aparece en el mensaje del proyecto de ley que dio origen a estas excepciones⁸¹. Así, estas disposiciones fueron concebidas en forma lo suficientemente extensa como para comprender la

⁸¹ Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Artículo 1° N° 8 [introduce artículos 71 I a 71 N]. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos para bibliotecas, archivos y para fines educacionales. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 6.

utilización de obras intelectuales de todo tipo, clase y género, de manera de asegurar a todas las personas el acceso a bienes culturales y el ejercicio de derechos fundamentales⁸².

d) Permiten la reproducción de ejemplares físicos de obras intelectuales.

Los cuatro artículos en análisis facultan a las bibliotecas y archivos sin fines de lucro para efectuar copias de ejemplares de obras del dominio privado de su propiedad. Así, resulta afectado el llamado derecho de reproducción de las obras intelectuales protegidas.

No obstante lo anterior, es necesaria una precisión respecto de los términos empleados por el legislador para aludir a estas copias, puesto que en estos artículos suele confundirse las obras intelectuales afectadas con los ejemplares que integran las colecciones de las bibliotecas y los archivos beneficiarios. En efecto, mientras el artículo 71 I diferencia entre “obras que no se encuentren disponibles en el mercado” y “ejemplares”, los artículos 71 J a 71 L señalan que permiten la reproducción de “obras que se encuentren en sus colecciones”, “obras de su colección” y “obras legítimamente adquiridas”, respectivamente, lo que genera el problema de definir cuál es el sentido y alcance de estas expresiones.

La solución a esta cuestión interpretativa se encuentra en el entendimiento de las obras intelectuales como abstracciones protegidas por el derecho de autor (*corpus mysticum*), diferentes de su forma de expresión física derivada del ejercicio del derecho a reproducirlas (*corpus mechanicum*). En este sentido, la alusión a la propiedad de las obras intelectuales como objetos protegidos por el derecho de autor debe entenderse como el dominio de dichos derechos, distinto de aquél que

⁸² Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 4.

se detenta sobre la propiedad de los ejemplares físicos de aquellas, regido por las reglas generales del derecho civil. Es así que la asociación que realiza el legislador entre la propiedad de obras en colecciones de establecimientos bibliotecarios y archivos y estas instituciones permite deducir que la mención a las obras intelectuales en los artículos 71 J, 71 K y 71 L se refiere a los ejemplares físicos adquiridos legítimamente por aquellos. Bajo esta misma lógica, se extrae que el término “obras que no se encuentren disponibles en el mercado” del artículo 71 I también alude a ejemplares de obras intelectuales del dominio privado, pero esta vez a aquellos que están agotados en el comercio, lo que es reforzado por lo indicado en su segundo inciso.

Por cierto, los términos analizados respecto de los artículos en estudio no podrían referirse a obras intelectuales en su sentido abstracto, pues en dicha hipótesis, sus disposiciones carecerían de fundamento o resultarían inútiles para los fines que han sido establecidas. En efecto, el entendimiento de las expresiones “obras que se encuentren en sus colecciones”, “obras de su colección” y “obras legítimamente adquiridas” como derechos de autor que se encuentren en las colecciones de las bibliotecas y de los archivos, vale decir dentro de su patrimonio, llevaría a concluir que las excepciones de los artículos 71 J a 71 L permitirían el ejercicio de las facultades que dichas instituciones ya tienen en cuanto titulares de derechos. En relación con el artículo 71 I, la confusión entre los conceptos de ejemplares y derechos de autor no tiene mayor cabida, pues su segundo inciso circunscribe el alcance del término obra a aquellas copias que han estado disponibles para su venta en los mercados nacional e internacional.

Ahora, todas las excepciones en estudio ofrecen una limitación al llamado derecho de reproducción, caracterizado como la facultad para efectuar “la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”⁸³. Excepcionalmente, el artículo 71 L permite la traducción al castellano de obras

⁸³ Literal u) del artículo 5 de la LPI en relación con la literal b) del artículo 18 del mismo cuerpo legal.

escritas originalmente en idioma extranjero, correspondiendo esta modalidad de uso su finalidad principal, y suponiendo, a su vez, la fijación de los textos resultantes de esta modalidad de utilización de las obras intelectuales protegidas.

Por regla general, estas excepciones no ciñen su práctica a determinados soportes o procedimientos, por lo cual posibilitan no solamente la reproducción impresa o reprográfica del libro, sino que también su copia en microfilme, diapositivas o cualquier otro similar, en tanto se cumplan los requisitos específicamente establecidos por el legislador para cada una de las hipótesis reguladas.

Estas excepciones no cubren otras formas de utilización de las obras tradicionales para las bibliotecas y archivos, tales como la consulta de los ejemplares en el propio establecimiento y el préstamo con desplazamiento, entendiéndose por tal aquél por medio del cual la biblioteca o archivo permite a sus usuarios, así como también a otras bibliotecas y archivos, trasladar las copias consultadas fuera del recinto en donde opera su propietaria, comprometiéndose éstos a devolverlas posteriormente a su uso o dentro de un plazo. El primer caso se encuentra cubierto por el artículo 71 N de la LPI, en tanto no exista ánimo de lucro en la prestación del servicio de consulta. Por el contrario, el préstamo de ejemplares con desplazamiento no está excluido de necesidad de autorización por parte del correspondiente titular de derechos y no existe excepción que ampare esta forma de utilización.

e) Suponen la adquisición previa y conforme a derecho de ejemplares de las obras afectas.

Por regla general, las excepciones en estudio no permiten el aprovechamiento de ejemplares o reproducciones de obras que no han sido adquiridos por las bibliotecas y archivos beneficiados en forma previa al uso

autorizado. A ello se refieren al declarar que estas excepciones aplican a la reproducción de “obras que se encuentren en su colección”, “obras de su colección”, “obras legítimamente adquiridas” y, más concretamente, “ejemplar de su colección permanente”, como indica la primera literal del inciso primero del artículo 71 I.

Se observa que los artículos 71 J, 71 K y 71 L confunden las obras intelectuales afectas con los ejemplares de las colecciones de las bibliotecas y los archivos, puesto que asumen que éstos deben ser propietarios de obras intelectuales, vale decir de derechos de autor, para los efectos de poder reproducirlas de conformidad a estas excepciones. Este absurdo se supera al entender que la inclusión del término “obra” en los citados artículos se ha hecho en su sentido de “ejemplares publicados y distribuidos al público con arreglo a derecho”, pues el propósito de éstos es facilitar el acceso al conocimiento, a la cultura y a la investigación a través de las bibliotecas y los archivos en base a las copias legítimamente adquiridas por y para éstos.

Resulta indiferente el modo de adquirir o el título por medio del cual las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro se constituyen en propietarios o poseedores de los ejemplares de las obras cuya reproducción es autorizada por las disposiciones en estudio. Lo indiscutible en estas disposiciones es que la alusión a la adquisición de los ejemplares afectos es estricta, de manera que las excepciones contenidas en los artículos en análisis no cubren, en general, las hipótesis de mera tenencia de ejemplares de obras, como es el caso de las copias que se encuentren en poder de la respectiva biblioteca o archivo en comodato. Por consiguiente, las bibliotecas y archivos sin fines de lucro necesitarán de una autorización especial para la reproducción de ejemplares de las obras que pertenezcan a terceros.

Extraordinariamente, el artículo 71 I de la LPI permite la reproducción de ejemplares que no forman parte de la colección de una biblioteca o archivo, con la especial finalidad de incorporar uno de una obra que no se encuentre ella. Esta hipótesis será examinada en el apartado correspondiente.

Esta misma disposición arroja claridad respecto de la materialidad física de los ejemplares cuya utilización es autorizada por las excepciones en estudio, lo que lleva a descartar que, en general sean aplicables a los ejemplares electrónicos adquiridos a cualquier título por las bibliotecas o los archivos beneficiados.

f) Los ejemplares reproducidos deben formar parte de las colecciones de las respectivas instituciones.

Por cierto, para poder aprovechar estas excepciones, la persona, colectivo, asociación, empresa u órgano público que sostiene un servicio de biblioteca o archivo debe no solamente detentar la propiedad de los ejemplares de su colección en forma previa.

Ahora, la determinación de los ejemplares que pertenecen a una colección de una biblioteca o archivo, en los términos de estas excepciones, parece un requisito entregado al arbitrio de estos establecimientos. En efecto, la LPI no presenta una norma complementaria que permita definir qué entender por una colección de esta especie, por lo que podría deducirse que corresponderá a dichos establecimientos precisar cuáles de las copias que posee integran sus colecciones. Sin embargo, esta conclusión es errada, pues de estas excepciones se extrae que los ejemplares afectos a estas excepciones deben ser destinados al correspondiente servicio de biblioteca o archivo, el cual se circunscribe al objeto de las prestaciones que realizan en beneficio de sus usuarios⁸⁴. En otras palabras, los ejemplares de obras del dominio privado que no son objeto de las prestaciones que realizan las bibliotecas y archivos sin fines de lucro en función de su giro u objeto no pueden ser utilizados en ninguna de las formas previstas en las excepciones en

⁸⁴ CASTRO y GRUBSIC, al efecto, citan a TARDÓN, para quien una colección estaría constituida estrictamente “por el conjunto de materiales puestos a disposición de los usuarios” (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 15).

estudio por parte de los propietarios de estos servicios sin la autorización de los correspondientes titulares de derecho. Así, por ejemplo, los sistemas operativos de los equipos computacionales de una biblioteca universitaria constituida únicamente para proveer de textos impresos a sus usuarios no podrían ser reproducidos de conformidad a las excepciones en estudio, por cuanto dichos *softwares* no formarían parte de la colección dispuesta para las prestaciones asociadas a su servicio.

2.2.2. Excepción para la reproducción de obras que no se encuentren disponibles en el mercado.

2.2.2.1. Generalidades.

La primera excepción en beneficio de bibliotecas y archivos sin fines de lucro introducida en el artículo 71 I de la LPI, posibilita a estos establecimientos la incorporación gratuita de ejemplares que no se encuentren disponibles en el mercado con tres finalidades específicas: (i) para preservar un ejemplar de su colección permanente o sustituirlo en caso de pérdida o deterioro, (ii) para sustituir un ejemplar de otra biblioteca o archivo que se haya extraviado, destruido o inutilizado y (iii) para incorporar un ejemplar que no se encuentre en su colección permanente.

Del tenor de esta excepción se extrae que su finalidad es el rápido poblamiento de las colecciones de los establecimientos beneficiarios con ejemplares de obras intelectuales de su interés, que no se encuentren en el mercado nacional e internacional, durante un plazo mínimo de tres años, pues bajo el amparo de esta disposición, una biblioteca o archivo se encuentra habilitada para incorporar, libremente y con sus propios medios, reproducciones de obras que no forman parte de su catálogo para posteriormente poder conservarlas y restituir las, si se cumplen las demás condiciones establecidas por el legislador. A su vez,

posibilita la realización de actividades de conservación bajo la cuenta y riesgo de la propia biblioteca o archivo, especialmente en relación con obras cuyas copias suelen ser escasas o inexistentes con el tiempo, dadas las dificultades o elevados costos de fabricarlas, el desinterés de sus titulares de derechos u editores por volver a publicarlas en nuevas ediciones o cualquier otra causa que ponga en riesgo de olvido dichas creaciones culturales, siendo irrelevante el medio o mecanismo por medio del cual sean obtenidas, su calidad o cualquier otro factor relevante para su disfrute.

Sin embargo, este artículo cae en profundas imprecisiones, las cuales se traducen en dificultades para su aprovechamiento en el sector del libro, especialmente en cuanto a la indefinición del mercado mencionado y la forma de probar el cumplimiento de las condiciones necesarias para la aplicación de este artículo, lo cual será tratado más adelante.

2.2.2.2. Análisis normativo.

Además de los elementos comunes de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro ya estudiados, del texto de la norma se puede extraer los siguientes:

a) Permiten la incorporación gratuita de ejemplares en las colecciones de las bibliotecas y archivos beneficiarios.

El artículo 71 I habilita a las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos para fabricar ejemplares de obras en tres casos particulares, cumplidas las demás condiciones establecidas por el legislador, que son los siguientes: (i) cuando necesiten preservar un ejemplar de su colección permanente o sustituirlo en caso de pérdida o deterioro, (ii) cuando otra biblioteca o archivo pida una copia de un

ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado y (iii) cuando requieran la incorporación de un ejemplar que no se encuentre en su colección permanente.

Para los dos primeros casos, la ley permite la reproducción de un máximo de dos copias, aun cuando el ejemplar a sustituir o conservar sea único, debiendo la respectiva biblioteca o archivo ser propietaria de aquél y tenerlo dentro de su colección. Eventualmente, la institución beneficiaria también deberá poder acreditar ante terceros que el ejemplar sustituido o conservado se encuentra o encontraba dentro de las copias que integran sus colecciones.

El segundo caso se diferencia respecto del primero y del tercero en que la norma reconoce dos instituciones beneficiarias, una para reproducir la obra y otra para adquirir los ejemplares resultantes. En efecto, aun cuando la literal b) del artículo 71 I se refiere a un caso en el cual bibliotecas y archivos se encuentran autorizados para reproducir una obra, han de tenerse en consideración las bibliotecas y los archivos que adquirirán los ejemplares fabricados de conformidad a esta disposición, las cuales lo harán a título gratuito⁸⁵. La disposición exige que el servicio de biblioteca o archivo sea prestado sin finalidades de lucro.

La operación de esta excepción en el tercer caso se encuentra limitada a un único ejemplar y supone la tenencia de éste por parte de la biblioteca o archivo que realiza o realizará la reproducción autorizada por la norma. Así, no se encuentra cubierta la fabricación de un ejemplar por la biblioteca o archivo propietario de la copia de origen ni tampoco los actos o contratos por medio de los cuales la biblioteca o archivo requirente se haga de la tenencia de un ejemplar de su interés que no pertenezca a su colección.

⁸⁵ CASTRO y GRUBSIC observan que “el sujeto beneficiario de la excepción es la biblioteca que realiza la reproducción en favor de otra y no esta última, quien es en definitiva quien recibe la obra reproducida”, por lo que reflexionan si acaso es admisible una contraprestación por la fabricación de las copias de la obra solicitada por una biblioteca o un archivo a otro de estos establecimientos. Concluyen que esto es posible pero que no es admisible “ningún tipo de explotación encubierta de la obra, puesto que ese tipo de interpretación escapa de la esencia de las excepciones y entra en terreno derechamente ilegítimo” (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 116-118).

Una particularidad de esta excepción y que aplica para los tres casos mencionados radica en que, si bien no limita el soporte ni la modalidad o procedimiento de reproducción para las copias permitidas, exige el cumplimiento de un estándar de proporcionalidad respecto de dichos factores, pues las reproducciones resultantes deben cumplir únicamente las finalidades de preservación, sustitución en caso de pérdida o deterioro o alimentación de la colección de la respectiva biblioteca o archivo, según sea el caso. Así, no resulta razonable que una biblioteca o archivo pretenda el amparo de esta excepción para la obtención de gigantografías de uno de sus libros en tanto contengan obras del dominio privado, pues este tipo de representaciones visuales se aleja de la forma en que las creaciones intelectuales que integran el libro son fijadas y, probablemente, todavía más de los propósitos sentados en la norma. Tampoco se ajustaría a ésta la transcripción de la obra literaria del dominio privado incluida en un libro para el intercalado de sus páginas impresas con ilustraciones o explicaciones no contempladas en el ejemplar de origen, pues se trataría de un proyecto editorial nuevo, distinto de la copia en la que se basa, aun cuando la circulación de las copias resultantes se adscriba únicamente al número de ejemplares permitidos por el artículo 71 de la LPI, según sea el caso. Por el contrario, la reproducción reprográfica o por medio de microfilme de una revista académica discontinuada para asegurar un ejemplar de reemplazo respetaría las exigencias de la norma estudiada. Asimismo, el respaldo de libros electrónicos o copias digitalizadas de libros físicos obtenidas lícitamente por la respectiva biblioteca o archivo en unidades electrónicas de almacenamiento con el objeto de reemplazarlos ante la eventual corrupción de sus datos también parece una utilización afín a la norma⁸⁶.

En cuanto al número de reproducciones resultantes de la aplicación de este artículo, éste es estricto y no acoge excepciones relacionadas con el tipo de soporte

⁸⁶ CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 112-113.

y el procedimiento para obtenerlas. Así, en los casos en que la disposición acepta la fabricación de un máximo de dos copias, la norma no admite que una biblioteca o archivo imprima dos ejemplares físicos y además su reproducción en dos juegos de microfilmes.

La propiedad de los ejemplares resultantes de la aplicación del artículo 71 I pertenecerá siempre al propietario del servicio de biblioteca y archivo, situación que se deduce de los términos “sustituirlo en caso de pérdida o deterioro”, “sustituir un ejemplar de otra biblioteca o archivo que se haya extraviado, destruido o inutilizado” e “incorporar un ejemplar a su colección permanente”. Como se observa, las primeras dos literales del artículo en estudio establecen una ficción legal por medio de la cual las reproducciones realizadas por la biblioteca o archivo reemplazan a aquel deteriorado, inutilizado o perdido y que se encuentra o encontraba dentro del patrimonio del propietario del respectivo servicio de biblioteca o archivo. Para el caso de la tercera literal de este artículo, la propia ley opera como mecanismo legal para la adquisición del único ejemplar permitido. Ello lleva a inferir que esta disposición permite su empleo indefinidamente en el tiempo sobre los ejemplares fabricados por la biblioteca o archivo de conformidad a él, teniendo presente la limitación en cuanto al número de reproducciones posibles y demás condiciones establecidas por el legislador para cada caso.

b) La incorporación de ejemplares está sujeta a la condición de no encontrarse éstos disponibles en el mercado nacional e internacional dentro del periodo de los últimos tres años.

La excepción contenida en el artículo 71 I de la LPI impone como requisito la ausencia de las obras copiadas en el mercado nacional e internacional para su venta al público durante los últimos tres años, cuestión que hace surgir dos problemas interpretativos, pues dicha disposición no otorga precisiones que permitan individualizar correctamente el referido mercado, pues resulta insuficiente

el elemento territorial indicado, ni fórmulas para demostrar el cumplimiento de la referida condición dentro del plazo que indica.

El segundo inciso del citado artículo establece lo siguiente:

“Para los efectos del presente artículo, el ejemplar de la obra no deberá encontrarse disponible para la venta al público en el mercado nacional o internacional en los últimos tres años.”.

La primera dificultad enunciada proviene de la poca claridad del legislador respecto a cuán extenso concibe el mercado de venta al público de los ejemplares de obras intelectuales, especialmente para el caso del libro, y si acaso éste incluye el comercio de ejemplares de segunda mano. En efecto, el mercado de las creaciones intelectuales presenta ciertas peculiaridades características de la separación de los ejemplares físicos o virtuales de las obras mismas contenidas en ellos.

En tanto el mercado al cual se refiere el artículo 71 I de la LPI corresponde a aquel en que se venden ejemplares de obras intelectuales al público, la norma niega su alcance el mercado del consumo indirecto e intermedio, pero no al de los artículos de segunda mano. En efecto, el consumo final indirecto, caracterizado por beneficiar al público objetivo de un bien o servicio que es negociado y contratado por un tercero⁸⁷, no se ajusta a la descripción del mercado descrito por la disposición estudiada; tampoco lo hace el mercado del consumo intermedio, pues los bienes fabricados a solicitud de las personas, organismos o instituciones interesados no

⁸⁷ El Mapeo de las Industrias Creativas en Chile realizado por el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes el año 2014 caracteriza el consumo final indirecto como aquel en que “el producto es comprado por un agente que lo pone a disposición gratuita de la audiencia final, por ejemplo, una empresa o una repartición estatal que compra funciones de teatro para regalárselas a sus clientes, trabajadores o beneficiarios”, el cual en el mundo editorial estaría “compuesto por instituciones públicas que realizan compras masivas de libros para su distribución en el ámbito de su ejercicio”, como ocurre con el Ministerio de Educación, a través del cual el Estado estaría invirtiendo alrededor de \$28.000 millones anuales en compras para establecimientos educacionales y bibliotecas (Mapeo de las Industrias Creativas en Chile, p. 106 y 183).

llegan a comerciarse mediante la venta al público. En cuanto a la cobertura de la norma respecto de los ejemplares vendidos en el comercio de segunda mano, ella se infiere de la ausencia de una distinción respecto de aquellos que se encuentren disponibles para la venta al público.

La segunda dificultad que emerge de la norma radica en la difícil prueba de la ausencia en el mercado nacional e internacional de ejemplares de la obra dentro del plazo exigido. La falta de mecanismos para ello ya ha sido advertida desde la tramitación del proyecto de ley que le dio origen⁸⁸ y, ciertamente, por los autores nacionales que se han referido a las excepciones en beneficio de las bibliotecas y archivos de la LPI. CASTRO y GRUBSIC, en esta línea, se refieren a este inconveniente como un obstáculo difícil de soslayar, pues observan que “la norma en su versión final no permite cerciorarse por medios objetivos de la indisponibilidad de la obra por el tiempo exigido”⁸⁹.

Sin embargo, de la disposición se puede extraer algunos criterios que eventualmente podrían facilitar la prueba del cumplimiento de la condición de ausencia en el mercado de la obra. En primer lugar, como se ha indicado, el segundo inciso de este artículo excluye de su aplicación a aquellas obras cuyos

⁸⁸ En el segundo trámite constitucional del proyecto, la discusión sobre este artículo contempló críticas a la redacción del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados en relación a la carencia de mecanismos que dieran fidelidad al cómputo de los plazos propuestos. Así, los Honorables Senadores señores Núñez, Ominami, Naranjo y Navarro presentaron una indicación que proponía presumir “que una obra no se encuentra disponible en el mercado, cuando la última edición, publicación o reimpresión conocida sea anterior a 5 años y habiendo sido contactado el editor, éste no responda dentro del plazo de tres meses o, de hacerlo, no informe expresamente sobre la disponibilidad de la obra”. El segundo informe de la Comisión de Economía del Senado da cuenta de la intervención del Senador Cantero, quien propuso tener la última publicación conocida de una obra como criterio para el cómputo del plazo del proyecto. El Senador Novoa observó que la norma propuesta presentaba problemas para un eventual juicio en contra de las bibliotecas y archivos beneficiarias, por lo que sostuvo la necesidad de establecer una presunción legal que resolviera el problema de acreditar cuándo una obra no está a disposición del público. Finalmente, la Comisión de Economía del Senado admitió el actual texto del segundo inciso de este artículo en atención al acotado ámbito de aplicación de la norma, siendo posteriormente refrendado en idénticos términos en los sucesivos trámites constitucionales (Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Artículo 1° N° 8 [introduce artículos 71 I a 71 N]. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos para bibliotecas, archivos y para fines educacionales. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 82 y ss).

⁸⁹ CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 119-120.

ejemplares, habiendo sido lícitamente publicadas, no han sido dispuestos para la venta al público, de manera que la prueba de la condición instituida en la norma no puede ser aplicada para esta categoría de creaciones intelectuales. En segundo lugar, el mercado de la venta de reproducciones ilegales de una obra no puede ser invocado para los efectos de impedir la aplicación de esta excepción, pues la propia ley supone que el comercio de los ejemplares de una obra depende forzosamente de su explotación conforme a los mecanismos, actos y contratos establecidos en ella. En tercer lugar, el segundo inciso del artículo 71 de la LPI se refiere a la carencia de ejemplares de una obra en el mercado, no así a la carencia de un determinado ejemplar en tanto existan otros distintos de la misma obra disponibles en él. En otras palabras, la ausencia en el mercado exigida por este inciso es absoluta con respecto de la obra intelectual, de manera que la norma no cubriría aquellas hipótesis en que una biblioteca o un archivo pretendiera la reproducción de una determinada edición de una obra en circunstancias en que ésta se encuentra disponible en el comercio en una edición diferente, habida consideración del tratamiento que da la LPI a las obras derivadas. En cuarto lugar, la mención de la norma al mercado de la venta de ejemplares es estricta y se refiere a la compraventa de éstos en el comercio, de manera que la disponibilidad de una obra por medio de servicios que permitan la tenencia u otra forma de aprovechamiento de sus reproducciones que no signifiquen la adquisición de su propiedad no debe ser considerada para los efectos de acreditar su existencia en el mercado al que se remite el artículo en estudio⁹⁰.

Por cierto, la norma no consagra una presunción legal que allane la prueba de la ausencia de ejemplares de una obra en el comercio, pero no impide la aplicación de presunciones judiciales, las cuales jugarían un rol fundamental para

⁹⁰ CASTRO y GRUBSIC, en nota al pie, explican que la disponibilidad en el mercado de una obra bajo el sistema de impresión bajo demanda (*print-on-demand*), por medio del cual la obra es reproducida en un ejemplar tangible a pedido del usuario, impediría la aplicación de esta excepción (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 120).

la eventual defensa de las pretensiones de una biblioteca o archivo ante los titulares de derechos.

En definitiva, la práctica de esta excepción depende, además del cumplimiento de los requisitos establecidos para cada uno de los casos enlistados en el primer inciso del artículo 71 I de la LPI, de la capacidad que tenga la respectiva institución beneficiaria para probar, en primer lugar, que los ejemplares de una obra han sido dispuestos legítimamente para la venta al público en el mercado y, en segundo lugar, que durante los últimos tres años no existan ejemplares disponibles para su venta en el territorio nacional ni en el extranjero.

2.2.3. Excepción para la reproducción de fragmentos de obras a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo para uso personal.

2.2.3.1. Generalidades.

La segunda excepción en estudio permite a las bibliotecas y a los archivos reproducir parcialmente obras intelectuales a solicitud de sus usuarios para su uso personal, representando una de las más importantes innovaciones introducidas por la Ley N° 20.435 a la LPI en relación con su objetivo de promover la investigación y el acceso a la cultura a través de las bibliotecas y los archivos.

Una primera lectura del artículo 71 J de la LPI da a entender que el uso permitido por este artículo es la reprografía, vale decir la reproducción de documentos mediante la impresión de su fotografía, tecnología utilizada por las máquinas fotocopadoras. Sin embargo, la norma no se refiere exclusivamente a las obras que se expresan por medio de un soporte compaginado o compaginable, sino más bien a la totalidad de las obras del intelecto humano en los ámbitos literario, artístico y científico. Tampoco hace alusión a los medios de reproducción ni al

soporte en que han de ser fijados las copias resultantes, sino simplemente a su “reproducción” para el exclusivo uso personal de los usuarios que soliciten la copia de un fragmento de una o más obras cuyos ejemplares integren la colección de la biblioteca o del archivo sin fines lucrativos favorecido por esta excepción.

Es así como esta disposición presenta ambigüedades difíciles de obviar, derivadas de los términos empleados por el legislador para definir su ámbito de acción, los cuales, lejos de ser claros, obstaculizan enormemente la labor del intérprete para determinar su sentido y alcance.

El principal problema para la interpretación de la norma radica en la inexistencia de una definición del término “fragmento” ni de su radio de acción, pues si bien aquél otorga una noción de proporcionalidad respecto de la parte de una obra cuya reproducción se encuentra libre de remuneración y de autorización por parte de sus titulares de derechos, ésta se diluye en atención a la indeterminación de criterios que permitan definir la extensión de la fracción de una obra que puede ser copiada de conformidad a ella.

Otro problema, derivado del anterior y que concierne específicamente al libro, consiste en la amplitud de la expresión “obra”, que, como se ha sostenido, pretende la aplicación de la excepción para toda clase y género de creaciones intelectuales sin perjuicio de ser empleada para referirse a los ejemplares obtenidos como consecuencia del ejercicio del derecho de reproducción. En efecto, la LPI tiene a los libros por obras en circunstancias que esta particular forma de expresión admite la coexistencia de múltiples creaciones protegidas por el derecho de autor entre sus páginas. Luego, parece haber dificultades en la aplicación de esta norma para la reproducción de partes de libros que contienen obras completas.

2.2.3.2. Análisis normativo.

Además de los elementos comunes de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro ya estudiados, del texto de la norma se puede extraer los siguientes:

a) La excepción permite la reproducción parcial de obras.

El artículo 71 J habilita a bibliotecas y archivos sin fines lucrativos para realizar copias parciales de las obras de su colección sin autorización de los correspondientes titulares de derechos ni pago de una remuneración por ello. En efecto, la norma es explícita en indicar que estas instituciones se encuentran facultadas para “efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones”.

Ahora, el término “fragmento” es de difícil interpretación para los efectos de determinar cuál es la extensión de una obra o de un ejemplar de una obra que puede ser reproducido. Sin embargo, de dicha expresión se extrae que la norma descarta la reproducción total de una obra por parte de una biblioteca o archivo a solicitud de un usuario de la respectiva biblioteca o archivo sin la correspondiente autorización⁹¹.

Luego, la expresión “fragmento” acarrea el problema de determinar qué proporción de la obra puede ser aprovechada de acuerdo a la disposición en análisis, la cual parece ser mayor a aquella permitida por los artículos 71 B y 71 M de la LPI, que permiten la reproducción de “fragmentos breves” con fines de cita y de “pequeños fragmentos” para fines educativos dentro del marco de la enseñanza formal, respectivamente. En efecto, como CASTRO y GRUBSIC observan, los términos empleados por el legislador en las recién citadas disposiciones dan a entender que

⁹¹ CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 120-121.

la medida de los fragmentos cuya reproducción se encuentra autorizada por el legislador de acuerdo a estas excepciones es menor a aquella permitida para el caso del artículo 71 J⁹².

El ejercicio interpretativo de los citados autores, si bien importa un avance respecto de la comprensión del artículo en análisis, no resuelve el problema del tamaño de la fracción de una obra cuya reproducción es permitida por la excepción que consagra ni, por cierto, de aquel que lo es por las otras disposiciones invocadas. Este defecto encuentra su razón en la reducción del análisis al término “fragmento” en comparación con sus símiles en los artículos 71 B y 71 M, descuidando los demás elementos de las respectivas normas, los que incorporan directrices que delimitan el ámbito de aplicación de las referidas excepciones a las estrictas finalidades para las cuales han sido establecidas. Así, la extensión de un fragmento breve, de acuerdo al artículo 71 B de la LPI, no puede ser mayor a la imprescindible para la respectiva cita; a su vez, un pequeño fragmento de una obra para los fines del artículo 71 M no podría prolongarse más allá de “la medida justificada”, como indica la propia disposición. En otras palabras, los calificativos “breve” y “pequeño” respecto del término “fragmento” no representan una real modificación en cuanto a la parcialidad de una obra que puede ser reproducida de acuerdo a sus respectivas disposiciones, sino que refuerzan la idea de proporcionalidad del uso de las obras utilizadas de acuerdo a los estrictos fines de dichas normas. En este sentido, el tamaño del fragmento aludido por el artículo 71 J de la LPI debe ser el estrictamente necesario para el uso personal del usuario de la biblioteca o del archivo que solicita su reproducción.

Ahora, la proporción legitimada por el artículo en estudio variará según la clase de obra objeto de reproducción. Ello acarrea un problema práctico no menor para la reprografía de obras que son expresadas en forma de libro, pues aun cuando la LPI entienda a éste como una categoría independiente de creación intelectual, es

⁹² CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 124.

usual que los libros yuxtapongan reproducciones de distintas obras en su fisonomía, pertenecientes a igualmente distintos titulares de derechos, algunas completas en la extensión de una página, como ocurre con los cuentos cortos, letras de canciones, partituras breves, poemas cortos, ilustraciones y fotografías, entre otras clases de creaciones, las cuales no pueden ser fotocopiadas bajo el amparo del artículo 71 J de la LPI sin mediar acciones o mecanismos por parte de la biblioteca o del archivo que impidan su completo duplicado, pues la norma no autoriza la reproducción completa de ninguna clase de obras.

b) Permite la reproducción parcial de obras en ejemplares físicos y electrónicos.

El artículo 71 J no limita su ámbito de aplicación a la reproducción de copias materiales de una obra. La disposición no presenta una restricción expresa al respecto, así como tampoco alguna referencia implícita que permita concluir lo contrario⁹³.

c) La biblioteca o archivo sin fines lucrativos podrá realizar reproducciones solamente a solicitud de un usuario para su uso personal.

Para que opere esta excepción es fundamental la solicitud del usuario de la respectiva biblioteca o archivo. Sin solicitud previa del usuario, la biblioteca o archivo

⁹³ Durante el debate parlamentario del proyecto de ley que dio origen a este artículo se sostuvo que únicamente ampararía la copia física de obras, dado que la reproducción electrónica era tratada por el actual artículo 71 K de la LPI. Sin embargo, los supuestos para que opere el ejercicio de las excepciones de dicha disposición y del artículo 71 J de la LPI son diferentes. La neutralidad tecnológica del actual 71 J de la LPI podría deberse a la poca profundidad de su trabajo en el proyecto. Sin perjuicio de ello, parece razonable en atención al hecho que da origen a la aplicación de este artículo: la solicitud de una copia para exclusivo uso personal por parte usuario de la biblioteca o del archivo respectivo.

no puede ni podrá realizar las reproducciones autorizadas por el artículo 71 J de la LPI.

La excepción no cubre las copias obtenidas por la biblioteca o archivo realizadas por su iniciativa ni para su uso propio. Dichas reproducciones necesitarán de autorización especial de los titulares de derechos, salvo en los casos establecidos en los artículos 71 I, 71 K y 71 L.

Un aspecto relevante en relación con el uso personal referido en la disposición en estudio es que éste no actúa como un mero supuesto para la ejecución del acto de reproducción permitido, sino que también como un criterio que guía a las bibliotecas y a los archivos favorecidos con la excepción en cuanto a la extensión máxima de los fragmentos cubiertos por ésta. En otras palabras, la proporción del fragmento de una obra cuya reproducción es amparada por esta excepción no debe ser mayor al estrictamente necesario para el exclusivo uso personal del usuario de la biblioteca o del archivo que lo pide. Luego, la definición de los parámetros dentro de los cuales ha de enmarcarse dicho uso variará de caso en caso, de manera que determinar criterios generales para definirlos representa el real desafío interpretativo impuesto por el artículo en estudio.

Otra característica de la disposición en estudio es la limitación en cuanto al número de copias que cada biblioteca o archivo sin finalidades de lucro puede realizar respecto de un ejemplar de una obra de su colección a solicitud de un usuario, la cual se desprende de la exigencia de exclusividad respecto del uso personal al que ha de destinarse las reproducciones obtenidas. En efecto, entendiendo que el uso personal amparado por la norma es exclusivo para el usuario de la biblioteca o del archivo respectivo, estas instituciones no se encontrarían autorizadas para efectuar múltiples reproducciones de un fragmento de una obra a solicitud de un usuario particular en una misma oportunidad.

2.2.4. Excepción para la reproducción electrónica de obras para su consulta gratuita y simultánea en terminales de redes de bibliotecas y archivos.

2.2.4.1. Generalidades.

El artículo 71 K de la LPI consagra una de las más importantes innovaciones en materia de excepciones a la protección de los derechos intelectuales, al permitir a las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos reproducir electrónicamente ejemplares de obras de sus colecciones para que éstos puedan ser visualizados por medio de equipos electrónicos conectados a sus redes de computadores por una multiplicidad de usuarios de estas instituciones.

El objetivo de esta disposición consiste en posibilitar que bibliotecas y archivos obtengan reproducciones de obras en forma de archivos informáticos que, a su vez, sean susceptibles de ser consultados por sus usuarios en condiciones que impidan la reproducción de dichos ficheros por éstos, evitando así el desgaste que los ejemplares físicos de las obras sufren por su empleo constante en el tiempo. Luego, la norma no establece una excepción directamente para los usuarios de las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos.

De la redacción de esta excepción se infiere que el único uso autorizado es la reproducción electrónica de obras, sin aclarar qué se entiende por tal acto. Sin embargo, también ha sido sostenido erróneamente que además se habilita a las bibliotecas y a los archivos sin fines lucrativos para realizar la comunicación pública de los ejemplares obtenidos sin necesidad de autorización por ni remuneración para los titulares de los correspondientes derechos intelectuales. En efecto, CASTRO y GRUBSIC plantean que el artículo en estudio dispone una excepción compleja en el sentido en que posibilita a las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos no solamente

realizar reproducciones electrónicas, sino que también comunicarlas públicamente por medio de su puesta a disposición a través de terminales de red⁹⁴.

En cuanto al acto de reproducción autorizado, éste, al ser calificado como “electrónico”, parece encontrarse limitado en cuanto a su procedimiento, el cual debería tener dicho carácter. Sin embargo, en atención a que la norma pretende posibilitar que el producto obtenido con él corresponda a copias electrónicas de obras de las respectivas colecciones, se deduce que el legislador llama reproducción electrónica a este resultado.

Ahora, es la difusión de las reproducciones resultantes la que deviene más complicada de delimitar para el intérprete en atención a los términos empleados por el legislador para restringir el ámbito de acción de los servicios virtuales de las bibliotecas y los archivos favorecidos por este artículo. Al respecto, CASTRO y GRUBSIC, en el yerro de que esta excepción habilita a las bibliotecas (y archivos, en lo pertinente) para comunicar públicamente sus colecciones de obras del dominio privado por medio de su puesta a disposición en redes, sugieren que esta excepción permite el funcionamiento de bibliotecas virtuales como servicios de Internet, en atención a que el legislador no distinguiría los terminales físicos de los virtuales ni tampoco el alcance de las redes mencionadas, si acaso local o extendido por medio del empleo de redes virtuales, dando cabida a su acceso remoto por medio de equipos o computadores ubicados geográficamente en lugares distintos a aquel en que funciona el respectivo establecimiento bibliotecario y, ciertamente, ubicados fuera del alcance de su red interna de computadores⁹⁵. Sin embargo, dicha hipótesis es excesiva, pues derechamente un servicio de biblioteca virtual como el planteado

⁹⁴ CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Un análisis sobre la excepción de reproducciones electrónicas en bibliotecas del artículo 71 K de la Ley 17.336. En: Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2.014, p. 136. CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 129-132.

⁹⁵ CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Un análisis sobre la excepción de reproducciones electrónicas en bibliotecas del artículo 71 K de la Ley 17.336, p. 152-151. CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 153-154.

por estos autores requiere de las licencias que sean necesarias para la puesta a disposición de obras intelectuales (y prestaciones conexas, en su caso) para su acceso remoto a través de redes telemáticas, en atención a la clara restricción del ámbito de acción de la excepción al llamado derecho de reproducción.

Ciertamente, el acto de reproducción permitido por el artículo 71 K se encuentra asociado a una finalidad explicitado por él mismo: la comunicación pública de las copias obtenidas en su conformidad a través de redes de la respectiva institución y en condiciones que garanticen que los usuarios de los correspondientes servicios de bibliotecas y archivos no puedan duplicar dichas reproducciones. Sin embargo, ello no implica que la norma autorice dicha comunicación pública, la cual, en todo caso, es permitida por el legislador en el artículo 71 N de la LPI.

2.2.4.2. Análisis normativo.

El texto de la norma sugiere los siguientes elementos adicionales a los comunes de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro ya estudiados:

a) La norma habilita a las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos para realizar la reproducción electrónica de obras de su colección.

El artículo 71 K de la LPI faculta a las bibliotecas y archivos sin fines de lucro para obtener copias electrónicas de las obras que se encuentren en su colección. Sin embargo, a primera vista, el término “reproducción electrónica” empleado por el legislador parece importar una limitación respecto del procedimiento por medio del cual habrían de conseguirse las copias permitidas por la excepción.

Sin embargo, el objetivo de la disposición, consistente en posibilitar la reproducción de ejemplares de obras idóneos para su consulta simultánea a través de ciertos terminales de redes, permite cuestionar que ésta pretenda limitar específicamente el procedimiento de reproducción. En efecto, si la reproducción en la propiedad intelectual es el acto de fijar una obra total o parcialmente por cualquier medio o procedimiento, entonces la reproducción electrónica consistiría en la fijación de ésta por medios electrónicos, la cual puede arrojar tanto ejemplares físicos como digitales o electrónicas⁹⁶. Empero, la finalidad de esta disposición dista de la imposición de condiciones al procedimiento; en cambio, se dirige a determinado uso de ejemplares electrónicos, de lo cual se extrae que la norma se refiere únicamente a las copias digitales obtenidas de un ejemplar de su colección para su consulta simultánea a través de equipos electrónicos en las condiciones establecidas por el legislador. En otras palabras, cuando el artículo 71 K habla de “efectuar la reproducción electrónica de obras de su colección”, más propiamente quiere decir “realizar copias electrónicas de los ejemplares de su colección”.

Ahora, este artículo no distingue la forma en que se encuentran expresados los ejemplares que han de ser empleados como insumos de las copias permitidas, acaso electrónicos o materiales, imponiendo la sola condición de que éstos pertenezcan a la colección de las bibliotecas y de los archivos beneficiarios. De ello se infiere que la disposición posibilitaría tanto el duplicado de sus colecciones virtuales como materiales por medio de su digitalización⁹⁷, con la cual los ejemplares

⁹⁶ CASTRO y GRUBSIC caracterizan la reproducción electrónica como aquel procedimiento “cuyo resultado es la fijación de la obra en un soporte electrónico”, sin tomar como contrapunto los procedimientos mecánicos para el duplicado de obras, como la serigrafía, el estarcido y la litografía; electroestáticos, como la xerografía; o químicos, como la heliografía. Las distintas técnicas existentes para la reproducción electrónica de obras o documentos incluyen la impresión de archivos electrónicos, la reprografía digital y la copia virtual en computadoras, entre otras, y puede arrojar tanto ejemplares físicos como electrónicos (CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Daniel Álvarez Valenzuela. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2.014, p. 130. CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Un análisis sobre la excepción de reproducciones electrónicas en bibliotecas del artículo 71 K de la Ley 17.336, p. 136).

⁹⁷ JADUE define la digitalización como la introducción de una obra preexistente en un soporte electrónico y cita a PAREDES, quien observa que este procedimiento consiste en “el

físicos son tomados por máquinas cuyas percepciones de aquéllos son escritas en ficheros o archivos informáticos, vale decir unidades lógicas de datos destinadas a ser interpretadas por dispositivos electrónicos y, en este caso, percibidas por el ser humano a través de ellos. Sin embargo, no resulta claro si esta disposición autoriza la transcripción de textos a ficheros informáticos u otra forma similar de duplicado, especialmente si se tiene en cuenta lo sostenido respecto de la interpretación del término “obra” en este grupo de excepciones.

Por lo demás, el artículo 71 K no limita expresamente la cantidad de ejemplares electrónicos que pueden obtenerse de conformidad a él, así como tampoco restringe el acto de reproducción a la totalidad de los ejemplares o a parte de ellos. Ello resuelve el problema de la aplicación de la ley al fenómeno técnico de la duplicación de ficheros electrónicos en los equipos computacionales que los interpretan, tanto en el equipo o los equipos que alojan los ejemplares electrónicos de la respectiva biblioteca o archivo (copias digitalizadas u obtenidas de otra forma, como por ejemplo mediante su descarga lícita), como en los equipos clientes conectados con aquél o aquéllos a través de la correspondiente red institucional.

b) La norma habilita a las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos para realizar la reproducción electrónica de obras de su colección con fines de comunicación pública.

El artículo 71 K de la LPI permite que la reproducción electrónica de las obras de su colección sea realizada para la comunicación pública de los ficheros

almacenamiento de la obra en la memoria de un ordenador, la cual está sometida al derecho exclusivo de explotación y más propiamente al derecho de reproducción, sea que se adhiera a la definición amplia del derecho de reproducción que comprende tanto la primera fijación de la obra en un medio que permita su comunicación, como la obtención de copias de todo o parte de ella por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma, o su interpretación restrictiva, que limita el derecho a la realización de copias de la obra, dado que al almacenarse la obra electrónicamente se obtiene un ejemplar más” (JADUE Becker, Karen. El Derecho de Autor en las Bibliotecas y Galerías Virtuales de Internet. En: Revista Chilena de Derecho Informático, Número 4. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2004, p. 61).

electrónicos obtenidos, pero ello no implica que esta última modalidad de uso se encuentre autorizada por este artículo.

Ciertamente, el tenor del artículo 71 K es claro en indicar que la modalidad de uso permitida a las bibliotecas y a los archivos sin fines de lucro es únicamente la reproducción efectuada con una finalidad, consistente en que las reproducciones electrónicas obtenidas sean susceptibles de comunicación pública por medio de su disposición en redes de computadores, dejando fuera de la cobertura de la excepción esta modalidad de uso y, por lo tanto, sugiriendo que ella requeriría de la autorización de los correspondientes titulares de derechos.

Esta conclusión no es pacífica. Si bien la literalidad del artículo en estudio es concluyente, la orientación del uso permitido hacia la comunicación pública ha llevado a concluir que esta modalidad de utilización de las obras intelectuales también se encuentra contemplada. CASTRO y GRUBSIC, en efecto, deducen que la disposición habilita a las bibliotecas para realizar ambas utilidades, dado que el acto de reproducción autorizado se encontraría sujeto a una condición y que la voz “ser consultadas” resulta clave para interpretar la norma en dicho sentido⁹⁸. Sin embargo, ello supondría que las bibliotecas se encuentran autorizadas para efectuar la comunicación pública por dos excepciones, ésta y la del artículo 71 N de la LPI.

La anterior conclusión resulta extraña, no solamente por encontrarse basada en una interpretación con un endeble y forzado argumento de texto, sino porque la utilización de obras que estaría siendo permitida por el artículo 71 K se encontraría comprendida dentro de las múltiples formas de comunicación pública autorizadas por el artículo 71 N⁹⁹. Luego, la supuesta autorización para la comunicación pública

⁹⁸ CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, 129-132.

⁹⁹ CASTRO y GRUBSIC, en el entendido de que el artículo 71 K de la LPI permite la comunicación pública de obras al igual que el artículo 71 N, sostienen que ambas excepciones tienen un campo de aplicación diferente. En efecto, mientras este último autoriza la comunicación pública dentro de

no remunerada del artículo 71 K carecería de sentido, cuestión difícil de asumir cuando el tenor literal de éste únicamente revela la intención del legislador de permitir la factura de réplicas electrónicas de ejemplares de obras para facilitar su consulta simultánea en bibliotecas y archivos.

La anterior observación pone en evidencia que el artículo 71 K solamente contempla la reproducción electrónica de las obras, dejando que la comunicación pública de las copias resultantes sea realizada en función de lo prescrito en el artículo 71 N de la LPI, el cual la circunscribe a las inmediaciones físicas del establecimiento.

c) La norma exige que las copias obtenidas de acuerdo a ella sean resguardadas con un nivel mínimo de seguridad.

La mención a la finalidad de consulta gratuita en las demás condiciones indicadas por el artículo 71 K tiene una razón jurídica diferente a la postulada por CASTRO y GRUBSIC, la cual consiste en asegurar un mínimo de seguridad informática a las copias electrónicas obtenidas de conformidad a él.

Es así que la norma demanda que los archivos electrónicos extraídos por las bibliotecas y archivos sin fines de lucro para su comunicación al público deben cumplir con los requisitos definidos por el mismo artículo en estudio en su parte final: (i) ser susceptibles de ser consultados gratuitamente (ii) por un número razonable de usuarios, (iii) ser aptos para ser consultados simultáneamente por dichos usuarios, (iv) idoneidad para ser consultados en terminales de redes de la respectiva

los límites espaciales del establecimiento bibliotecario, el artículo 71 K permitiría difundir las reproducciones electrónicas obtenidas por estas instituciones a través de redes propias, incluyendo a aquellas privadas virtuales montadas sobre redes de acceso público. De esta forma, el ámbito de aplicación de la excepción del artículo 71 K sería más amplio que el del artículo 71 N en cuanto a su elemento territorial, pero restringido a la puesta a disposición de las obras en las respectivas redes (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 139-154 y 161-162).

institución y (v) contar con las medidas tecnológicas necesarias para impedir su duplicado por parte de los usuarios que acceden a ellos.

Para satisfacer las exigencias señaladas por el artículo en análisis, el legislador no se inclina por una especie o clase de tecnología informática ni tampoco por determinados resguardos contra la copia, pero resulta evidente la alusión a las medidas tecnológicas de protección para las obras contenidas en los ficheros obtenidos. En efecto, esta se infiere de la mención a las “condiciones que garanticen que no se puedan hacer copias electrónicas de esas reproducciones”, la cual da sentido al resto de las características previamente expuestas.

En cuanto a la primera de las características enumeradas, la gratuidad de la consulta de los respectivos ejemplares electrónicos resultantes no solo refuerza la idea ausencia de lucro en los servicios de biblioteca y archivo para beneficiarse de esta excepción, sino que también indica que la lectura o visualización de aquéllos en los terminales de redes de las respectivas instituciones no debe encontrarse asociada a la suscripción pagada a los servicios de *software* o programas diseñados para ello. En otras palabras, la consulta de los ficheros electrónicos obtenidos por las bibliotecas y archivos sin fines de lucro de conformidad al artículo 71 K debe ser autónoma y desligada de todo pago a estos servicios y a los de terceros.

La segunda característica de los ejemplares electrónicos a ser obtenidos por las bibliotecas y archivos beneficiarios de la excepción en estudio, vale decir la susceptibilidad de ser consultados por un número razonable de usuarios, importa el establecimiento de medidas que impidan el acceso a los ejemplares resultantes por parte de terceros no usuarios de los servicios de bibliotecas y archivos. Esto se infiere de la consideración conjunta de tres elementos directamente vinculados con la norma: el vínculo que ésta supone entre las bibliotecas y archivos y sus usuarios, la restricción de acceso a las copias electrónicas a las que se refiere este artículo únicamente a través de terminales de redes de la respectiva institución y la interacción de esta disposición con el artículo 71 N de la LPI. El primero de estos

elementos permite excluir a aquellas personas que no son usuarios de los servicios de biblioteca o archivo de las instituciones beneficiarias. Del segundo elemento se infiere que no pueden integrar el número razonable de usuarios aquéllos que acceden a las redes de los servicios de las bibliotecas y de los archivos a través del uso de redes públicas, de terceros o de propiedad del prestador de estos servicios pero que no se encuentran destinadas a ellos. El último de los elementos ciñe aún más el número de usuarios tenido por razonable, pues en tanto la comunicación pública de las reproducciones obtenidas de acuerdo al artículo 71 K se encuentra autorizada por el artículo 71 N, estos archivos sólo habrían de ser consultados a través de terminales ubicados dentro de las inmediaciones de los correspondientes establecimientos de biblioteca y de archivo¹⁰⁰. En resumen, la mención al acceso por un número razonable de usuarios debe ser entendida en el sentido de que la tecnología empleada para la seguridad de los ejemplares electrónicos debe ser idónea para que una pluralidad de usuarios de las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro puedan consultarlos. Además, ello dice relación con la tercera característica mencionada, de acuerdo a la cual estos ejemplares electrónicos han de poder ser consultados simultáneamente por el grupo descrito, excluyéndose así la exclusividad de consulta por parte de un único usuario.

¹⁰⁰ La conclusión anterior no es pacífica. CASTRO y GRUBSIC sostienen que el artículo 71 K pretende limitar la cantidad de usuarios que pueden acceder a las copias bajo un criterio numérico. Para determinar este número de conformidad a lo planteado por estos autores, el cual variaría caso a caso, habría de tenerse en cuenta tres elementos: el derecho al acceso a la cultura de los usuarios, la función que cumple la biblioteca beneficiaria de la excepción (o el archivo) en su entorno inmediato y, finalmente, los parámetros establecidos en la regla de los tres pasos de los tratados internacionales que rigen la materia. Sin embargo, esta disquisición supone erróneamente que la excepción limita su alcance al resultado de una operación matemática basada en una fórmula que no tiene sustento legal -pues los factores indicados por estos autores no aparecen en el citado artículo ni en una norma complementaria-, dejando en evidencia un supuesto vacío. Además, sugiere que la interpretación y práctica de esta norma importaría un ejercicio de ponderación de derechos adicional al ya verificado por el legislador previamente al perfeccionamiento de la norma y su entrada en vigor. Con ello, la solución propuesta por estos autores delegaría en los tribunales de justicia el cálculo de una cantidad exacta en base a la equidad natural. El problema de base del planteamiento de estos autores radica en la comprensión equivocada de la cobertura de la disposición en cuanto al máximo de usuarios considerados como razonables por ésta, el cual no aparece enunciado en un sentido cuantitativo sino cualitativo, definido por la calidad de usuario de las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro respectivos (CASTRO y GRUBSIC, Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336, p. 135-139).

Sobre la cuarta característica, es importante destacar que los archivos obtenidos por bibliotecas y archivos deberían ser susceptibles de ser consultados a través de las redes privadas destinadas a estos servicios, entendiendo por tales a aquellas de propiedad de la persona u organismo que presta el respectivo servicio bajo su cuenta y riesgo y que ha sido dispuesta para ello. Resultan indiferentes los terminales a través de los cuales estos ficheros electrónicos serán visualizados, los cuales, por aplicación del artículo 71 N, serán aquéllos que en la práctica se conecten a las referidas redes dentro de los límites espaciales de los correspondientes establecimientos.

Por último, los ejemplares electrónicos obtenidos de conformidad a la disposición en estudio no pueden ser reproducidos en copias por actos de los usuarios que acceden a ellos. El tenor literal de esta sección del artículo 71 K importaría un aprieto para las bibliotecas y archivos beneficiarios de la excepción, puesto que, por su naturaleza, los ficheros electrónicos son reproducidos automáticamente en los terminales que acceden a ellos y no existe norma que salve de responsabilidad a los propietarios de bibliotecas y archivos sin fines de lucro y sus usuarios por la reproducción de aquéllos. Eventualmente, para el caso de los usuarios de estos servicios, la reproducción de los referidos ejemplares en sus terminales podría encuadrarse dentro de los usos incidentales y excepcionales previstos por el artículo 71 Q de la LPI. Sin embargo, como se ha insistido, la mención en análisis representa una exigencia de empleo de tecnologías que impidan que los usuarios de los ejemplares electrónicos obtenidos de conformidad al artículo 71 K adquieran una copia de aquéllos para su uso personal por medio de *softwares* u otras herramientas computacionales.

2.2.5. Excepción para la traducción de obras escritas originalmente en idioma extranjero cuyos ejemplares no han sido publicados en idioma castellano.

2.2.2.1. Generalidades.

El artículo 71 L de la LPI establece la más singular de las excepciones o limitaciones dispuestas por el legislador para las bibliotecas y archivos sin fines de lucro, puesto que es la única de este grupo que permite la transformación de las obras intelectuales del dominio privado originalmente escritas en idioma extranjero a través de su traducción al idioma castellano, siempre que se cumplan todos los requisitos exigidos.

Aun cuando la introducción de esta excepción en nuestro derecho fue resistida durante su tramitación en atención a corresponder a un servicio que no es realizado por las instituciones beneficiadas por ella¹⁰¹, su fundamento, según explica WALKER, se encuentra en el fin de “apoyar el acceso al conocimiento universal, el que se puede restringir en el caso que los textos solo estén disponibles en un idioma extranjero”¹⁰².

¹⁰¹ La ONG Derechos Digitales expresó a la Comisión de Educación del Senado que a la fecha no existían bibliotecas ni archivos que prestaran el servicio de traducción de obras intelectuales y planteó, en cambio, una licencia obligatoria y remunerada, otorgada por el Conservador de Propiedad Intelectual, para la traducción, publicación, reproducción y distribución comercial de obras originalmente publicadas en lengua extranjera y cuya traducción al castellano no haya sido publicada, íntegramente y en formato tangible por el titular del derecho correspondiente, o bien se encontraran agotadas las ediciones de traducciones al castellano ya publicadas, idea que no prosperó. Por su parte, la Ministra de Educación, en contradicción con el proyecto presentado por el Ejecutivo, manifestó ante la Comisión de Economía del Senado su apoyo a las indicaciones que sugerían la supresión del proyecto del artículo 71 L en atención a que, en la práctica, las bibliotecas y los archivos no prestan los servicios de traducción que se pretende regular; agregó, a su vez, que resultaba más acorde a la preservación integridad de la obra que las traducciones fueran autorizadas por el titular de los respectivos derechos de autor (Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Artículo 1° N° 8 (introduce artículos 71 I a 71 N). Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos para bibliotecas, archivos y para fines educacionales. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 57-59 y 106).

¹⁰² WALKER, *op. cit.*, p. 217.

Dos observaciones surgen de la lectura de este artículo. En primer lugar, la norma excluye de su alcance a todas aquellas obras que no se manifiestan por escrito, dando a entender que únicamente las obras literarias son aquellas que resultan afectadas por ella. En segundo término, esta excepción permite la creación de obras derivadas sin autorización de los correspondientes titulares de derechos, lo que acarrea los problemas y consecuencias que serán abordados más adelante.

Pero la traducción no es el único uso autorizado por esta disposición, en tanto -como se ha enunciado antes- la afectación al derecho de reproducción resulta necesaria para para los objetivos de la norma. En efecto, el ejercicio de dicho derecho constituye un supuesto necesario para la fijación de los textos traducidos tanto por las bibliotecas y los archivos habilitados, según indica el primer inciso de este artículo, como por los usuarios de aquéllos, de acuerdo a lo señalado en su segundo inciso, para quienes esta excepción toma una similar naturaleza a la de cita, establecida en el artículo 71 B de la LPI, especialmente si se tiene en consideración que la transformación permitida por la excepción en estudio no implica el reconocimiento de una creación nueva.

2.2.5.2. Análisis normativo.

Del texto del artículo 71 L de la LPI se puede observar los siguientes elementos particulares:

a) Permite la traducción de obras.

Como ha sido mencionado anteriormente, esta excepción hace posible que bibliotecas y archivos sin fines de lucro traduzcan obras escritas originariamente en idioma extranjero en tanto sus ejemplares hayan sido legítimamente adquiridos por las respectivas instituciones para la realización de dichos servicios y se cumplan las

demás condiciones dispuestas por el legislador. Por cierto, la autorización que el presente artículo otorga a los referidos establecimientos debe entenderse, como se ha expuesto, a las personas o instituciones que prestan dichos servicios y únicamente en función de ellos.

Ahora, la traducción es una de las modalidades en que puede ser ejercido el llamado derecho de transformación, por medio del cual el titular del derecho o quien se encuentre autorizado por él puede crear obras derivadas.

El ejercicio del derecho de transformación supone la acción creativa de individuos humanos para dar forma a una obra que por la ley es reconocida como nueva, siempre y cuando se trate de una creación original que permita distinguirla de la obra en la cual se basa. Así se infiere de la literal i) del artículo 5 de la LPI, la cual señala que una obra derivada es “aquella que resulte de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma”.

Como consecuencia de la individualidad de la obra, el primer inciso del artículo 9 de la LPI advierte que es sujeto del derecho de autor de ésta “quien hace la adaptación, traducción o transformación de la obra originaria protegida con autorización del titular original”. La restricción para que la LPI reconozca autoría y titularidad de derechos al creador de la obra derivada, según corresponda, a una autorización por parte del titular de derechos de la obra originaria es estricta, de manera que la transformación legítima de una obra, efectuada de acuerdo a una excepción, no confiere derechos de autor. Así, las traducciones resultantes de la aplicación del artículo 71 L no gozan de la protección otorgada por el derecho de autor.

Ahora, la realización de traducciones de obras de conformidad a este artículo conlleva una autorización implícita del legislador para su fijación en medios mecánicos o electrónicos que permitan su consulta para fines de investigación y

estudio. Ello se infiere de la parte final del segundo inciso del artículo en análisis, que indica que estas traducciones únicamente podrán ser reproducidas en citas parciales en las publicaciones que las utilicen. En efecto, una cita, por definición, debe invocar una fuente cierta y lícitamente divulgada¹⁰³, lo que lleva a suponer la materialización de la obra, texto o información referida a través de la cita en un instrumento físico o electrónico, el cual importa el ejercicio del derecho de reproducción en el caso de las obras intelectuales protegidas.

b) La traducción es permitida para obras escritas originalmente en idioma extranjero.

El artículo 71 L únicamente permite la traducción al castellano de obras literarias escritas en idioma extranjero.

La alusión a estas condiciones no es directa: más bien se encuentra implícita en los elementos de la norma.

La restricción de la traducción únicamente de las obras literarias se deduce no solamente de la mención a las obras escritas, sino que también de la alusión a un idioma extranjero, reforzada por la evocación a la falta de publicación de ejemplares en castellano de las obras cuya traducción es permitida a las instituciones beneficiadas por la norma. En efecto, de todas las obras que por su naturaleza pueden ser expresadas por medio de la escritura -tales como las composiciones musicales y los programas computacionales-, la relación del término “obras escritas” con los idiomas extranjeros y el castellano da a entender en forma incontestable que la norma se refiere a aquéllas que se sirven de la grafía de las lenguas humanas para la expresión y comprensión de su contenido, vale decir aquellas obras consideradas literarias.

¹⁰³ Artículo 71 B de la LPI.

Ahora, la disposición en estudio no indica expresamente la lengua a la cual las obras escritas pueden ser traducidas sin autorización de sus titulares de derechos por las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro. Sin embargo, es posible concluir que la norma permite solamente su traducción a la lengua castellana, cuestión que se infiere de las propias condiciones dispuestas por ella para su aplicación: que las obras afectas se encuentren escritas originalmente en un idioma extranjero y que en Chile no haya sido publicada su traducción al castellano por el titular del derecho.

En cuanto a la primera de las referidas condiciones, resulta crucial definir qué debe entenderse por idioma extranjero. Al respecto, aun cuando no existe un reconocimiento expreso de alguna determinada lengua como oficial dentro de nuestra legislación, la lengua castellana es empleada de facto como el idioma en que la República ejerce sus funciones; a su vez, la Ley N° 19.253 reconoce y protege el uso de los idiomas indígenas en conjunto con el español en las áreas de alta densidad de población indígena, indistintamente de su etnia en tanto habiten el territorio nacional desde tiempos precolombinos , pero sin establecer medidas especiales para el acceso a la cultura universal en el territorio nacional a través de las lenguas de la población indígena que lo habita y que importen una excepción a la protección de los derechos intelectuales. Sin embargo, es esta ley la que da luces acerca de la noción de idioma extranjero que ha tenido el legislador para la instauración del artículo 71 L de la LPI: aquella lengua que sea hablada fuera del territorio nacional, distinta del español castellano y de aquéllas indígenas protegidas por la ley.

La segunda de las condiciones, esto es la falta de publicación en Chile y en castellano de las respectivas obras por el titular del derecho, es aquella que da propósito a la autorización que otorga el artículo 71 L de la LPI y, por lo tanto, que define la lengua a la cual han de ser traducidas las obras escritas del dominio privado dentro del marco de esta excepción. En efecto, la única de las lenguas empleadas y protegidas por nuestra ley que justifica una traducción por parte de

estos establecimientos es la castellana; luego, resulta natural que la traducción permitida por esta norma devenga en textos en dicha lengua, máxime si se tiene que el fundamento de ella es el acceso a la cultura universal a través de las bibliotecas y de los archivos sin fines lucrativos establecidos en el territorio nacional.

c) Solo es posible efectuar la traducción en la medida en que no haya sido publicada la obra en castellano en Chile, dentro de un plazo determinado, por el correspondiente titular del derecho.

El artículo 71 L es concreto en indicar que las bibliotecas y los archivos sin fines lucrativos solamente podrán efectuar la traducción permitida cuando las obras escritas del dominio privado no hayan sido publicadas legítimamente en el territorio nacional y en castellano dentro de un periodo determinado según la clase de publicación, previa adquisición de los correspondientes ejemplares por parte de las instituciones beneficiadas. Este plazo es de tres años contados desde la primera publicación de la obra, salvo en el caso de las publicaciones periódicas, en el cual es de un año.

Como se puede apreciar, si una obra del dominio privado ha sido publicada previamente en lengua castellana pero fuera del territorio nacional, las bibliotecas y los archivos sin fines lucrativos podrán traducirla de conformidad a la disposición en estudio si se cumplen los plazos establecidos.

Ahora, en relación con los plazos indicados en esta disposición, surgen similares problemas de prueba a los advertidos en relación con la excepción del artículo 71 I de la LPI. Ello por la ausencia de mecanismos para la prueba del hecho negativo que justifica la aplicación de esta excepción.

d) La traducción únicamente podrá ser realizada para fines de investigación o estudio por parte de los usuarios de las bibliotecas y de los archivos sin fines lucrativos.

El segundo inciso del artículo 71 L incorpora una directriz insoslayable para la traducción realizada por las bibliotecas y los archivos en función de esta excepción: la finalidad de investigación o estudio por parte de sus usuarios. De conformidad a ello, la traducción realizada con un propósito diferente requeriría de la autorización de los correspondientes titulares de derechos de autor.

e) Las traducciones obtenidas sólo podrán ser reproducidas en citas parciales en las publicaciones que resulten de ellas.

También el segundo inciso del artículo en estudio establece una importante restricción al uso de las traducciones obtenidas por las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro: las traducciones resultantes no podrán reproducirlas sino en citas parciales.

Esta indicación emparenta esta excepción con el llamado derecho de cita establecido en el artículo 71 B de la LPI.

Sin embargo, más allá de la remisión de la norma a la referida excepción, preocupa la ambigüedad de la limitación a la reproducción de las traducciones, en tanto no se entiende claramente si ésta es aplicable al establecimiento bibliotecario o archivo o a los usuarios de éste. Concluir en uno u otro sentido acarrea consecuencias jurídicas muy diversas. En el primer caso, es decir si se deduce que la restricción únicamente es exigible respecto de los establecimientos beneficiados por la norma, ello importaría que las traducciones entregadas al público únicamente pueden referirse a parcialidades de la obra traducida, para lo cual la biblioteca o archivo debería cumplir los requisitos establecidos en el artículo 71 B de la LPI al

momento de entregar la traducción al usuario solicitante. En cambio, si se acepta que la reproducción con finalidad de cita únicamente es exigible a los usuarios de la biblioteca o el archivo que realiza la traducción, entonces habría que admitir también que esta excepción permite la traducción de obras completas previamente a disponerlas al servicio de sus usuarios, quienes únicamente deberán cumplir con lo prescrito en la excepción de cita.

2.3. Crítica a las excepciones a la protección de los derechos intelectuales de la Ley N° 20.435 para bibliotecas y archivos sin fines de lucro y la gestión colectiva del libro.

La ampliación del catálogo de excepciones en beneficio de determinados establecimientos bibliotecarios y archivos representa un avance en relación con la institución de garantías de acceso a la cultura, al conocimiento, la investigación y al entretenimiento para la población, las cuales armonizan con otras excepciones similares establecidas en las legislaciones comparadas y con la tendencia de los Estados Miembros de la OMPI de establecerlas¹⁰⁴; asimismo, ha llevado a que muchas de las actividades que tradicionalmente realizan bibliotecas y archivos en orientación a sus objetivos salgan de la ilegalidad que significaba su ejecución sin autorización o bajo el errado entendimiento de no necesitarla.

No obstante, la creación de esta esfera de acción no ha derivado necesariamente en un real beneficio para estas instituciones, toda vez que la escasa claridad y suficiencia de estas normas las disuade de ejercer las prerrogativas que consagran con la convicción de obrar en respeto de los derechos intelectuales. Por ejemplo, la dificultad de probar el hecho de no existir ejemplares de una obra a la venta en el mercado mundial por el plazo de tres años impide, en la práctica, a las bibliotecas y a los archivos sin fines de lucro aprovechar la excepción del artículo 71 I de la LPI para incorporar una copia a su colección en completa convicción de

¹⁰⁴ CREWS, *op. cit.*, p. 7 – 8).

estar obrando de conformidad al derecho; también aparecen complicaciones análogas para el caso de las traducciones permitidas por el artículo 71 L.

Ante escenarios como los mencionados, la abstención de realizar las acciones que parecen permitidas por estas excepciones se convierte en el método más adecuado para sortear el riesgo de infracción al cual se enfrentan las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro.

La situación de los titulares de derechos no es mejor que la de las referidas instituciones, pues éstos se ven enfrentados a una contracción borrosa del campo sobre el cual puede ser ejercido su derecho patrimonial. Así, la magnitud del riesgo de ejercer acciones que pueden ser rechazadas por interpretaciones menos restrictivas del ámbito de aplicación de estas excepciones, como las propuestas por CASTRO y GRUBSIC, resulta muy alta incluso para una entidad de gestión colectiva. Ante esta circunstancia, los titulares de derechos se ven obligados a ejercerlos únicamente en aquellos casos en que claramente no habría excepciones a su protección.

Lo anterior lleva a advertir que, hipotéticamente, hay un importante rango de usos que actualmente podrían ser practicados gratuitamente y sin necesidad de autorización por las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro pero que no lo son, por entenderse erradamente infractores; mientras que una serie de utilidades que violan derechos de autor estarían siendo realizadas por estas instituciones en plena convicción de estar obrando de conformidad a la LPI, las cuales no serían reclamadas por los titulares de derechos por asumir, también en forma errónea, que en dichas situaciones opera una excepción o limitación. Luego, el perjuicio para los titulares de derechos, las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro resulta patente.

Este problema genera una serie de consecuencias para el sector del libro, en tanto este tipo de manifestación protegida no solamente es aquel más utilizado en el presente por las bibliotecas y los archivos, sino que también porque estos

establecimientos forman parte de los escasos canales para su circulación, particularmente si se tiene en consideración el mercado del consumo indirecto e intermedio, representando así una considerable competencia para aquéllos que reportan beneficios económicos directos a los titulares de derechos.

Ante estas circunstancias, vale preguntarse si efectivamente la Ley N° 20.435 incorporó a la legislación nacional las excepciones necesarias para el funcionamiento pacífico y conforme a derecho de las bibliotecas y de los archivos que ha pretendido eximir de la negociación de licencias de derechos intelectuales; también evaluar el verdadero aporte que estas excepciones han otorgado al rubro, en términos de seguridad jurídica para los sectores interesados.

Por ahora, la evaluación de estas excepciones arroja como resultado las observaciones generales que a continuación se detallan y que requieren de una urgente atención por parte del legislador, en orden no solamente de hacer posible su ejercicio, sino que también asegurar el justo disfrute de los derechos intelectuales.

a) Las excepciones estudiadas no designan claramente a los sujetos que benefician.

Como fue expuesto previamente, uno de los defectos de estas normas gravita en la falta de precisión respecto de los sujetos beneficiados por ellas, lo que deviene en la discusión acerca de lo que entiende el legislador por bibliotecas y archivos sin fines lucrativos: acaso una entidad sin fines de lucro o una que no cobra una retribución por sus servicios y, en este último caso, cuáles prestaciones se entienden incluidas para estos efectos.

Sin perjuicio de lo indicado en páginas anteriores, se observa que los antecedentes históricos de estas excepciones tampoco brindan mayores luces para

resolver este problema, pues de ellos solamente se extrae, sobre esta materia, que la discusión parlamentaria quiso ampliar tanto como fuera posible el número de sujetos beneficiados en atención al importante rol que cumplen en torno a la cultura y a la educación, sin entrar a otorgar antecedentes claros respecto de lo que caracteriza a aquellos servicios.

Una consecuencia de la falta de una definición o determinación de los sujetos favorecidos por estas excepciones radica en su apertura a bibliotecas y archivos que, no teniendo finalidad lucrativa, tampoco interactúan con la comunidad ni se relacionan con la preservación o difusión de la cultura ni con establecimientos educacionales, redundando en un eventual desincentivo para la adquisición de ejemplares nuevos en el mercado y, con ello, compitiendo ventajosamente contra el mercado de su venta.

b) Emplean términos ambiguos para describir las hipótesis que cubren o las singularizan en forma incompleta.

La inexactitud en la determinación de los sujetos beneficiados por estas excepciones también se extiende a los elementos que configuran los usos de obras del dominio privado permitidos y las circunstancias en que éstos pueden ser efectuados. En efecto, estas disposiciones están planteadas términos de difícil precisión, entre los cuales destacan la mención a la reproducción de fragmentos y la reproducción electrónica, además de la apertura de la condición de operación de la excepción del artículo 71 I en relación con la ausencia de las obras en el mercado nacional e internacional para su venta, lo cual acarrea los problemas de interpretación estudiados y a la inseguridad jurídica en su casuística.

c) La falta de diferenciación entre los distintos tipos de obras afectadas por estas excepciones deriva en situaciones en que no serían aplicables a ciertas clases y géneros de obras.

El legislador no contempló diferenciar una u otra clase de obras para los efectos de hacerles aplicables estas excepciones. El único artículo que indica una clase de obras es el 71 L.

Sin embargo, la práctica de estas excepciones respecto de ciertas obras genera ciertos inconvenientes difíciles de soslayar en la realidad. Por ejemplo, la fotocopia de ciertas páginas de un libro biográfico ilustrado, estando tanto el texto como las ilustraciones y fotografías dentro del dominio privado, por parte de un archivo sin fines de lucro representa la reproducción de un fragmento de la obra literaria pero además la reproducción completa de cada una de las imágenes contenidas en dicho libro, no permitida expresamente por el artículo 71 J de la LPI. A una situación similar se enfrenta una biblioteca que fotocopia un texto breve protegido cuya cabida se encuentra impresa en una página.

d) Estas excepciones permiten el poblamiento de bibliotecas y archivos sin fines de lucro con copias que atentan contra el interés de los titulares de derechos de mantener un número limitado de reproducciones.

Además, la amplitud de obras afectas a estas excepciones posibilita el abastecimiento de bibliotecas con reproducciones de ejemplares únicos o escasos, desconociendo los eventuales intereses de los autores o titulares de derechos de mantener limitado el número de copias circulando en el comercio o de dejarlas fuera de él, de manera de lograr objetivos fines artísticos, académicos, culturales o comerciales que motivaron o motivan su trabajo creativo.

El problema es claramente observable de la aplicación de la excepción del artículo 71 I de la LPI, de acuerdo al cual un ejemplar único o de acceso restringido, de acuerdo a la voluntad del titular de sus derechos, puede ser copiado completamente numerosas veces por distintas bibliotecas y archivos, al punto de que estas copias superen fácilmente en número a aquéllas previstas por los referidos titulares. Este caso pone en evidencia que el número de copias íntegras fabricadas por bibliotecas y archivos puede superar con creces a aquéllas impresas, en el caso de los libros, con autorización de los correspondientes titulares de derechos, al punto de competir con estas últimas, importando desincentivos para la creación de nuevas obras.

III. SOLUCIONES Y PROPUESTAS PARA LA GESTIÓN COLECTIVA DE LOS DERECHOS INTELECTUALES DEL LIBRO EN RELACIÓN CON LAS BIBLIOTECAS Y LOS ARCHIVOS USUARIOS.

3.1. Planteamiento general.

3.1.1. Impacto de las excepciones establecidas en la Ley N° 20.435 para la gestión colectiva del libro en relación con las bibliotecas y los archivos sin fines lucrativos.

La Ley N° 20.435 trajo como consecuencia una reducción de la esfera de acción del derecho patrimonial de los titulares de derechos de autor de las obras que son explotadas en forma de libro, en tanto excluyó de la necesidad de autorización a una serie de usos que anteriormente a su entrada en vigencia eran susceptibles de ser administrados en forma individual y colectiva.

Sin embargo, a dicha fecha, ninguna EGC de las establecidas en Chile podía recaudar dineros por el uso de libros por parte de bibliotecas y archivos, tuvieran estos fines de lucro o no. En efecto, aunque SADEL se encontraba autorizada para realizar la gestión colectiva de los derechos de autor y demás titulares sobre obras escritas, ilustradas o no, impresas en cualquier forma, incluida su fijación en medios digitales, que se derivan de las más variadas formas de explotación desde el año 2.008¹⁰⁵, sus tarifas generales fueron publicadas formalmente con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 20.435, el día 2 de junio de 2.010, de manera que sólo pudo comenzar a autorizar el uso de su repertorio a partir de dicha fecha. Dada esta circunstancia, no resulta un trabajo sencillo evaluar el perjuicio efectivo irrogado en el patrimonio de los titulares de derechos de autor del libro tras el cambio de circunstancias para su gestión colectiva, al menos tomando el interés de los autores

¹⁰⁵ Resolución Exenta N° 8.817 del 11 de diciembre de 2008 del Ministerio de Educación, que autoriza a la corporación "Sociedad de Derechos Literarios" (SADEL) para realizar actividades de gestión colectiva de derechos intelectuales que indica.

y titulares de derechos materializado en tarifas generales para el licenciamiento de sus obras. Por cierto, ello no implica que dicho detrimento haya sido una mera suposición.

La publicación oficial de las primeras tarifas generales de SADEL marcó el hito inicial para la gestión colectiva de los derechos de autor del libro en el país. Empero, en ellas no se vio una intención por parte de dicha EGC de abordar en forma general los usos de su repertorio realizados por bibliotecas y archivos, aun aquéllos sin fines lucrativos, salvo indirectamente para el caso de las bibliotecas vinculadas a instituciones educativas del tercer nivel. En efecto el segundo título del referido tarifario, titulado “Derechos de autor por reproducción reprográfica y usos digitales para centros de enseñanza: universidades, centros o institutos de enseñanza universitaria, centros de formación técnica, institutos profesionales o de estudios superiores y similares”, propuso dos alternativas de valores y mecanismos para su determinación para las mencionadas instituciones, únicamente para la reproducción reprográfica y a las utilizaciones del repertorio que denominó “usos digitales”, definidos como “la reproducción y posterior puesta a disposición de copias digitales parciales de las obras, por medio de la transmisión o comunicación a los estudiantes, docentes y empleados de Centros de Enseñanza, por medio de (a) acceso, carga (*uploading*) y/o descarga (*downloading*) de una copia digital en y desde una red segura controlada por el Centro de Enseñanza, y (b) la transmisión y puesta a disposición (incluso por correo electrónico) de una copia digital entre la red segura de las personas autorizadas y bajo el control del Centro de Enseñanza”¹⁰⁶.

Aun cuando las Tarifas Generales de SADEL han sido modificadas con posterioridad¹⁰⁷, no ha habido un tratamiento especial para la actividad usuaria de

¹⁰⁶ Tarifas Generales de la Sociedad de Derechos Literarios (SADEL), aprobadas por su Consejo Directivo en sesión ordinaria de fecha 12 de mayo de 2.010 y publicadas en el Diario Oficial de la República de Chile el día 2 de junio de 2.010.

¹⁰⁷ Acuerdo N° 35 del Consejo Directivo de la Sociedad de Derechos Literarios (SADEL), que modifica tarifas generales, de fecha 16 de diciembre de 2.013 y publicadas en el Diario Oficial de la República de Chile el día 26 de marzo de 2.014.

las bibliotecas y los archivos, menos aún para aquéllos sin fines lucrativos mencionados por los artículos 71 I a 71 L y 71 N de la LPI, la cual, en la actualidad, permanece en la incerteza jurídica. Por el contrario, los esfuerzos de SADEL se han centrado más bien en fortalecer su actividad recaudadora en relación con centros de fotocopiado e instituciones de educación superior, así como también en controlar el uso de su repertorio en redes de acceso público.

Sin embargo, ello no ha significado un total abandono por parte de SADEL respecto de la vigilancia del uso del repertorio con bibliotecas y archivos usuarios. El año 2.014, esta entidad sostuvo reuniones con la Corte Suprema para negociar una licencia que permitiera el uso de su repertorio a través de sus servicios bibliotecarios, la cual devino en una negativa por parte del Pleno el año 2.015, justificada en la falta de especificación de los autores y las obras representadas¹⁰⁸. Esta posición, incongruente para un órgano del Estado que debe velar por la aplicación de la ley y que, a falta de una excepción o limitación específica que cubriese sus servicios de biblioteca, ha de observarla en su propio actuar, no permitía prever un escenario favorable para las tratativas preliminares entre SADEL y otros órganos públicos cuyos servicios bibliotecarios y archivísticos emplean obras literarias de su repertorio para concretar un acuerdo tarifario.

La carencia de una estrategia efectiva por parte de la única EGC que actualmente representa en Chile un repertorio de obras literarias orientada a las bibliotecas y los archivos usuarios, incluidos aquéllos sin fines lucrativos, no constituye evidencia de una falta de interés en el licenciamiento y la recaudación de regalías por el uso de su repertorio por los mencionados servicios o establecimientos, menos aún si se tiene en consideración los elevados costos de sostener la vía judicial para ello, difícilmente abordable por EGC jóvenes que no cuentan con el aseguramiento de una recaudación que permita solventarlos, como ocurre con aquéllas administradoras de derechos de directores y guionistas de

¹⁰⁸ Punto 4° de la Memoria Anual año 2.014 de la Sociedad de Derechos de las Letras.

obras audiovisuales, intérpretes musicales e intérpretes de ejecuciones artísticas fijadas en formato audiovisual.

Dicho lo anterior y atendido el hecho de que la inexactitud de los términos de las excepciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI constituyen un importante obstáculo para el efectivo aprovechamiento de los derechos intelectuales del libro, resulta dudoso el pleno éxito de una estrategia de una EGC para la más fructífera recaudación de regalías posible por el uso de su repertorio por parte de bibliotecas y archivos, especialmente aquéllas que la legislación estima carentes de fines de lucro, únicamente en base a las prerrogativas estatuidas en el marco jurídico vigente.

Ciertamente, los problemas que actualmente confrontan las EGC en Chile para la administración de los derechos de autor del libro para su uso en bibliotecas y archivos no derivan únicamente del establecimiento de excepciones para aquellos que no tienen ánimos lucrativos para la operación de sus servicios, sino más bien a la desatención de la legislación a sus titulares de derechos, quienes a pesar de contar con acciones especiales para hacer efectivos sus derechos contra las personas e instituciones que operan dichos servicios, carecen de los recursos necesarios para ejercerlas. Así, la ambigüedad de las excepciones estudiadas solo agrava una situación desventajosa a la cual los titulares de derechos ya se enfrentaban con la entrada en vigor de la LPI en 1.970. Luego, no cabe duda de que la respuesta a la pregunta inicial de esta investigación acerca de la posibilidad de administrar colectivamente los derechos de autor del libro en función de la actividad usuaria de las bibliotecas y archivos tras la entrada en vigor de la Ley N° 20.435 es afirmativa, aun cuando sea crucial resolver no solamente las complicaciones intrínsecas de las excepciones estudiadas, sino que también el problema de los costos relativos a la vigilancia de los repertorios de libros y obras relacionadas. Estas soluciones no solamente reportarían beneficios directos para los titulares de derechos de libros, sino que también contribuirían a la observancia efectiva de la LPI en dicho sector cultural, al permitir visibilizar y disminuir las infracciones al

derecho de autor que actualmente son cometidas en las inmediaciones de establecimientos bibliotecarios y archivos sin finalidad lucrativa, mientras es satisfecha la demanda de sus usuarios en cumplimiento de los múltiples objetivos y valores de estos servicios.

3.1.2. La necesidad de una nueva formulación de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro como solución a sus actuales insuficiencias y la gestión colectiva de los derechos intelectuales del libro.

Como ha sido demostrado en esta investigación, una de las trabas más significativas para el despliegue de la gestión colectiva de los derechos del libro en Chile consistente en la ambigüedad de las hipótesis normativas que establecen excepciones en beneficio de las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro, característica que revela la borrosa visión del legislador respecto de las actividades del rubro de dichos establecimientos y la poca atención a los intereses de los autores y titulares de derechos de este tipo de publicaciones. Es así que las normas para el beneficio de bibliotecas y archivos sin fines de lucro, más allá de posibilitar la nutrición y preservación de sus colecciones y el acceso gratuito a la cultura, al conocimiento y al entretenimiento para sus usuarios, abaratando sus costos de operación como compensación por esta labor, han profundizado el desamparo para los titulares de derechos sin contribuir mayormente a la proscripción de la inobservancia de la propiedad intelectual por parte de estas instituciones, sino más bien a desincentivar las utilidades que el propio legislador ha querido permitir.

Ahora, la actividad realizada por bibliotecas y archivos para la circulación del libro es una de las más importantes dentro de la cadena de explotación de esta clase de productos de la industria cultural, más aún para el caso de las publicaciones de exclusivo interés para la academia y la investigación, tales como revistas de las ciencias sociales y naturales, que requieren de mayores esfuerzos

económicos para su circulación que los beneficios que perciben las personas y entidades detrás de su existencia.

La consideración de estos hechos lleva a la necesidad de profundizar en las referidas actividades y en los intereses involucrados, de manera de, a lo menos, despejar la esfera de ambigüedad que rodea a las excepciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI, para así dar forma a un ecosistema de respeto no solamente al derecho de autor, sino que también al derecho al acceso a la información y a la participación de la vida cultural que asiste a las personas. Ello no resulta una tarea que simplemente pueda ser concretada a través de esfuerzos legislativos en torno a la corrección de las inconsistencias en el texto de las disposiciones estudiadas; empero, reformular o rectificar las excepciones establecidas por el legislador para las bibliotecas y los archivos sin fines de lucro, de manera de describir claramente las hipótesis de usos permitidos sin mediación de autorización o remuneración alguna, representa una acción perentoria para dichos fines. Por cierto, esta operación, debe constituir el reflejo de una estrategia legislativa para la difusión de la lectura y otras formas de aprovechamiento de los ejemplares de sus colecciones, que contemple la penetración de Internet, los usos relacionados con la educación, la creciente necesidad de digitalización de las obras intelectuales y sus nuevas modalidades de consumo, como también el cuidado por no afectar infundadamente las facultades que otorgan los derechos intelectuales a sus titulares, sean originarios o secundarios. Es así que en esta tarea se hace imperativo el estudio de los fenómenos tecnológicos que influyen actualmente en la forma en que estas instituciones prestan sus servicios asociados a la utilización de libros, así como también proyecciones del futuro, de manera de lograr un ecosistema a través del cual los equilibrios normativos faciliten la circulación de los bienes culturales en completo respeto de las garantías que obran en beneficio de las personas.

La reformulación de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro en nuevas normas de fácil interpretación debería contribuir también a una mayor certeza jurídica para la gestión colectiva de los derechos de autor del libro,

la cual se desplegaría no solamente como una solución viable para el respeto de la propiedad intelectual en el ámbito de dicha clase de obras y demás publicaciones impresas o digitales similares, sino que también beneficiosa para los titulares de derechos y los usuarios propietarios de bibliotecas y archivos, en tanto eliminaría las ineficiencias derivadas de la negociación individual de las autorizaciones para el uso de repertorios de esta clase de obras intelectuales, permitiría a los primeros la obtención de una remuneración por el uso de sus obras y posibilitaría que los segundos pudieran utilizar todo o parte de ellas, de acuerdo a sus propios fines institucionales.

Para lo anterior, como punto de partida, habría que atender las utilidades permitidas por las excepciones estudiadas y los principios que las inspiran, subyacentes aun en lo incompleto de sus textos, de manera de delimitar exhaustivamente su alcance y definir así la esfera de control para los titulares de los derechos intelectuales, evitando las inconsistencias denunciadas en el capítulo segundo de esta investigación. Este ejercicio debe ser contrastado con las reglas generales que inspiran la protección de la propiedad intelectual, así como también con otros derechos fundamentales involucrados, especialmente en atención a aquéllos que permiten el acceso al conocimiento, a la información y a la participación de la vida social y cultural de las personas, en armonía con las normas internacionales que orientan al derecho interno en el establecimiento de las excepciones y limitaciones a la protección de los derechos intelectuales.

3.1.3. Bibliotecas, archivos, educación, investigación y participación en la vida cultural.

El fomento a la educación y la preservación del patrimonio universal, el acceso a la cultura universal, el fortalecimiento de la participación de la población en la vida cultural, la difusión de la cultura, las artes y la información, la promoción de la investigación, entre otros, suelen ser los principios que fundamentan el

establecimiento de excepciones a la protección de los derechos intelectuales en beneficio de bibliotecas, archivos y establecimientos educacionales¹⁰⁹.

La educación, la investigación y la participación en la vida cultural aparecen mencionados en convenciones internacionales como el Convenio de Berna¹¹⁰ y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor¹¹¹ como parte de aquellos bienes o valores que deben ser armonizados con la exclusividad de los derechos intelectuales y en respeto de los usos honrados¹¹². Sin embargo, la ausencia de disposiciones completas y que contemplen casos específicos de aplicación en dichos instrumentos ha conllevado a que, frecuentemente, las leyes nacionales fracasen en la creación y la implementación de las medidas que permitan conciliar los intereses de los titulares de derechos con el interés público¹¹³. Es así que CREWS, en su estudio sobre excepciones para bibliotecas y archivos, observa que todas las leyes analizadas contienen algún elemento de riesgo para las bibliotecas, al punto de que prácticamente todos los términos empleados por estas normas pueden ser objeto de controversia y generar así incerteza jurídica, dado que éstos suelen “dejar abiertas cuestiones importantes en lo que respecta a si la biblioteca

¹⁰⁹ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 220.

¹¹⁰ El artículo 10.2 del Convenio de Berna prescribe que “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”.

¹¹¹ El preámbulo del WCT reconoce expresamente “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

¹¹² LIPSZYC explica que los usos honrados a los que se refiere el Convenio de Berna en el artículo 10.2 son aquéllos que, para el caso de la reproducción para ilustración de la enseñanza, no entran en conflicto con la explotación normal de la obra utilizada ni causan un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 228 – 229).

¹¹³ XALABARDER profundiza en esta aseveración y observa que la extensión y las condiciones establecidas para las excepciones con fines educacionales por las distintas legislaciones nacionales varía ampliamente, especialmente si se consideran los formatos digitales o la enseñanza en línea (XALABARDER, Raquel. On-line teaching and copyright: any hopes for an EU harmonized playground?. En: Copyright Law – A Handbook of Contemporary Research. Cheltenham, Reino Unido. Edward Elgar, 2.007, p. 374).

reúne los requisitos para hacer uso de la excepción, o si la disposición abarca la copia de obra o las actividades que lleva a cabo la biblioteca”¹¹⁴.

En dicho contexto, nuestra legislación no es la excepción, pues aunque uno de los fundamentos más importantes del legislador al momento de establecer excepciones en beneficio de las bibliotecas y archivos que considera sin fines de lucro es su valor como centros de interacción de la cultura y de la educación, tal como se indicó expresamente en el mensaje¹¹⁵ y se mantuvo a lo largo de la discusión parlamentaria, parte de las distorsiones denunciadas en esta investigación y que dificultan la actividad del intérprete de estas normas nace de la inacabada determinación de lo que distingue una biblioteca o archivo sin fines de lucro de una o uno que lo tiene. Aunque resulta claro extraer que, para el legislador nacional, las bibliotecas y archivos sin fines lucrativos requieren de facilidades que permitan el desenvolvimiento de su actividad, al menos desde la perspectiva del crecimiento y preservación de sus colecciones, las excepciones estudiadas son esquivas en mencionar a la educación o a la participación cultural dentro de las finalidades de los usos que permiten, negando así un elemento que hubiera enriquecido su contenido y, sin duda, ayudado a resolver parte de las imprecisiones de estas normas. Luego, el reconocimiento a estos bienes jurídicos más bien puede constituir un elemento implícito en estas disposiciones, pero éstas no parecen estar orientadas únicamente hacia ellos, sino más bien en función de la actividad de estos servicios. Prueba de ello es la cobertura que estas excepciones dan a las bibliotecas y a los archivos que no forman parte de instituciones educacionales o de preservación cultural o patrimonial, además del tratamiento por separado de aquéllas excepciones que en la discusión legislativa se dio a aquéllas propuestas e instituidas para la enseñanza¹¹⁶.

¹¹⁴ CREWS, *op. cit.*, p. 70.

¹¹⁵ Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile, p. 6.

¹¹⁶ El Mensaje de la Ley N° 20.435 indica en un apartado especial que el proyecto de ley “establece dos excepciones específicas para fines educacionales”. La primera de estas excepciones disponía que “en el caso de tratarse de bibliotecas de instituciones educacionales o que sirvan a éstas, se autoriza la reproducción, comunicación y puesta a disposición del público de obras cortas, artículos

Todas las excepciones introducidas por la Ley N° 20.435 encuentran su correlato en el derecho comparado, siendo común en muchas legislaciones la autorización para que bibliotecas y archivos puedan efectuar copias de ejemplares de obras de sus colecciones para su preservación o sustitución, tanto en su beneficio propio como el de otra biblioteca o archivo¹¹⁷, como también para el uso de investigación o privado sin ánimo de lucro¹¹⁸, sin requerir de autorización o de remuneración alguna en beneficio de los titulares derechos. Esta situación contrasta con legislaciones como la alemana, de acuerdo a la cual la reprografía de todo o parte de un ejemplar de una obra requiere del pago de una remuneración equitativa fijada y percibida por una EGC¹¹⁹.

Ahora, las legislaciones que consagran excepciones en beneficio de este tipo de instituciones para fines relacionados con la educación, incluyendo la LPI, suelen coincidir en los siguientes puntos:

de publicaciones periódicas y partes razonables de obras extensas, siempre que sean para uso exclusivo de los alumnos, investigadores y docentes de dichas instituciones. Dicha utilización no podrá ser realizada con interés comercial y deberá cumplir con los demás requisitos que determine el Reglamento". Sin embargo, esta excepción fue desechada en la discusión parlamentaria. La segunda excepción anunciada en el Mensaje, con modificaciones sustanciales, corresponde al actual artículo 71 M de la LPI, que indica que "es lícito, sin remunerar ni obtener autorización del autor, reproducir y traducir para fines educacionales, en el marco de la educación formal o autorizada por el Ministerio de Educación, pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico, fotográfico o figurativo, excluidos los textos escolares y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de las actividades educativas, en la medida justificada y sin ánimo de lucro, siempre que se trate de obras ya divulgadas y se incluyan el nombre del autor y la fuente, salvo en los casos en que esto resulte imposible".

¹¹⁷ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 230 – 231.

¹¹⁸ Por ejemplo, el artículo 37 de la Ley N° 23 de 1.982 sobre Derechos de Autor de Colombia indica expresamente que "es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro". En el mismo sentido, el artículo 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos establece que "las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: (...) V. Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer".

¹¹⁹ Secciones 53 y siguientes de la Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos de Alemania, de 1.965.

- (a) En cuanto al tipo de establecimiento a los cuales estas excepciones benefician, suele tratarse de bibliotecas y archivos públicos además de aquéllos vinculados a instituciones que imparten educación formal, siendo frecuente que estas excepciones o limitaciones asuman que estos términos son lo suficientemente obvios como para descartar la invocación de este tipo de excepciones por parte de personas naturales propietarias de colecciones de obras y circunscribir así su empleo por instituciones públicas o privadas. Algunas legislaciones consagran estas excepciones para bibliotecas y archivos cuyo acceso sea público, para poder así beneficiar a establecimientos de esta categoría que, si bien no se encuentran vinculados necesariamente con fines educativos, eventualmente o indirectamente cumplen dichos fines. Existen legislaciones para las cuales la ausencia de ánimo de lucro del establecimiento bibliotecario o de archivo es crucial para el aprovechamiento de estas excepciones, lo cual abre su aplicación para servicios de este tipo de asociaciones civiles u órganos públicos que no ejercen una función educativa formal; sin embargo, estas legislaciones no indican qué debe entenderse por fines lucrativos para este tipo de establecimientos. Por último, como contrapeso contra la indeterminación de las instituciones beneficiarias de estas excepciones, algunas legislaciones prescriben que éstas deben ser instituciones autorizadas por algún órgano¹²⁰.
- (b) Las legislaciones que establecen excepciones para bibliotecas y archivos también suelen incluir a los museos como instituciones beneficiarias.
- (c) Dentro de las utilidades permitidas sin requerir de autorización de parte de los titulares de derechos, destacan aquéllas relacionadas con la conservación y preservación de ejemplares dañados, deteriorados o extraviados, siempre que éstos pertenezcan a la colección del respectivo

¹²⁰ CREWS, *op. cit.*, p. 33 – 37.

establecimiento y que no sean fabricadas más que una limitada cantidad de copias. Algunas legislaciones permiten además la copia de ejemplares que no se encuentren en el mercado en un determinado tiempo, o que estando en él, no puedan ser adquiridos a un precio razonable o justo¹²¹, siendo deficientes en la disposición de mecanismos para probar uno u otro hecho. Sin perjuicio de ello, la cooperación entre distintas bibliotecas y archivos resulta un elemento fundamental para el reemplazo de las partes dañadas o la sencilla sustitución de un ejemplar, razón por la cual algunas legislaciones facilitan el préstamo entre estas instituciones, así como también la fabricación de copias para su sustitución¹²².

- (d) Algunas legislaciones se ocupan de conceder excepciones a bibliotecas y archivos para que éstos puedan reproducir ejemplares en soportes y formatos nuevos, en atención a la obsolescencia de los aparatos o mecanismos necesarios para su visualización o apreciación humana¹²³.
- (e) La investigación de los usuarios de bibliotecas y archivos es uno de los fundamentos más frecuentes para el establecimiento de excepciones en beneficio de estos usuarios, sin embargo, la mayoría de los países que permiten reproducir ejemplares de sus colecciones para sus usuarios no exigen dicha finalidad¹²⁴.

3.1.4. Bibliotecas, archivos e Internet.

Durante las últimas décadas, diversos actores han comenzado a emplear Internet para facilitar la descarga y visualización de libros, artículos escritos y otros textos, muchos de ellos protegidos por el derecho de autor, asociándolos a servicios

¹²¹ Así se indica en el párrafo § 108 de la Ley de Copyright de Estados Unidos de América.

¹²² CREWS, *op. cit.*, p. 63 – 69.

¹²³ Entre éstas, la Ley de Copyright de Estados Unidos de América y la Ley de Derecho de Autor de los Países Bajos.

¹²⁴ CREWS, *op. cit.*, p. 74.

de bibliotecas o de archivos existentes. Destacan entre éstos las extensiones en línea de diversos establecimientos educacionales y de capacitación, las librerías virtuales de editoriales y de otros proveedores de servicios masivos de Internet. Este fenómeno, más allá de ser observado por múltiples autores, requiere de una especial consideración desde el punto de vista de la sostenibilidad de todo el derecho de propiedad intelectual, además de los derechos que interesan a esta investigación.

BARTON y COOPER advierten que la masificación del acceso a la conexión a Internet y la digitalización de la información han conllevado también a una enorme disminución de los costos de procesar y compartir información, dentro del paradigma de un mercado globalizado en donde el éxito de la protección de la propiedad intelectual representa la causa de la aparición de mayores incentivos para los abusos y la violación de los derechos de propiedad intelectual. En este contexto, estos autores explican que el “ciclo virtuoso de menores costos de transacción, que estimulan las innovaciones, que a su vez derivan en eficacias adicionales, depende por completo de la existencia de derechos de PI estables”¹²⁵.

Entre las innumerables innovaciones hechas posibles gracias a la interconexión de redes de computadores además de la creciente demanda de documentos electrónicos, muchas organizaciones dedicadas a la educación y a la difusión de la educación y la cultura, tanto del ámbito público como el privado, han visto a la Internet como una plataforma vital para la extensión de sus actividades o la implementación de servicios de biblioteca y de galería, a la vez que la digitalización de publicaciones impresas, entre otros soportes, se ha transformado en el mecanismo más común para la preservación de ejemplares que corren el riesgo de estropearse o que ya se encuentran deteriorados. Sin embargo, ante la ausencia de reglas especiales para el desarrollo y despliegue de estos nuevos

¹²⁵ BARTON, Thomas y COOPER, James. Propiedad Intelectual: Cómo prevenir y resolver problemas. Traducción de Marlene Riethmüller. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia, 2.015, p. 24 – 28.

servicios de Internet, prevalece la aplicación de las reglas generales para el uso de los derechos intelectuales en cuanto a la obtención de los permisos necesarios para la reproducción y comunicación pública de los objetos protegidos¹²⁶.

Sobre este punto, para prevenir el conflicto que se suscita entre los intereses convergentes en relación con la cada vez más intensiva digitalización de ejemplares de obras que se realiza en el seno de las actividades propias de bibliotecas y archivos, la legislación comparada ha adoptado distintas posiciones, que van desde su tratamiento de acuerdo a las reglas generales, quedando prohibida *per se* toda reproducción en formato electrónico y posterior comunicación pública -incluso dentro de redes circunscritas físicamente al establecimiento bibliotecario o archivo- que no cuente con la debida autorización de los titulares de derechos¹²⁷, hasta la consagración de excepciones y limitaciones a la protección de los derechos intelectuales, algunas que no requieren del consentimiento de los derechohabientes únicamente para la digitalización de colecciones con fines de preservación¹²⁸, y otras que además permiten la comunicación pública de las copias obtenidas, mediante el pago de una licencia obligatoria gestionada por una EGC¹²⁹.

Sin embargo, aún no existe un sistema generalizado de excepciones o limitaciones a la protección de los derechos intelectuales especiales para el crecimiento gratuito en Internet de instituciones como universidades y bibliotecas públicas, a pesar de que éstas se encuentran profundamente comprometidas con políticas de acceso a la educación y la difusión de la cultura universal. Es así como

¹²⁶ JADUE, *op. cit.*, p. 55 – 68.

¹²⁷ La Ley N° 11.723 de 28 de septiembre de 1933 sobre el Régimen Legal de la Propiedad Intelectual de la República Argentina, si bien ha sufrido de modificaciones para consagrar usos no remunerados excepcionales para fines educativos, éstas no han alcanzado a la digitalización gratuita y no remunerada de los ejemplares de bibliotecas y archivos de ningún tipo.

¹²⁸ Así, el párrafo § 108 de la Ley de Copyright de Estados Unidos de América expresamente consagra una excepción para la reproducción en formato digital para fines de conservación y sustitución de ejemplares o fonogramas dañados, deteriorados o perdidos, prohibiendo que las copias obtenidas de esta forma sean accedidas desde fuera de las inmediaciones de la respectiva biblioteca o archivo.

¹²⁹ El artículo 16.b de la Ley de Derecho de Autor de Dinamarca, consolidada por la Ley n° 1.144 del año 2.014, permite la copia digital de artículos y de otras obras, pero está sujeta a la suscripción y pago de una licencia colectiva.

estas instituciones han experimentado el rechazo por las legislaciones nacionales a su interés de homologar para el entorno digital las excepciones que les han reconocido para realizar ciertos actos de reproducción de los ejemplares físicos que integran sus colecciones.

Entre los casos más polémicos de los años recientes, en que se ha intentado extender el alcance de las excepciones para bibliotecas y archivos al entorno digital se encuentran los procesos promovidos por el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) en contra de la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Barcelona, ambos concluidos con condena a dichas casas de estudio por la comunicación pública de libros digitalizados a través de sus portales académicos y servicios de biblioteca virtuales sin contar con la debida autorización de los titulares de derechos¹³⁰.

Otro de los casos más importantes en materia de difusión de libros a través de Internet ha sido el de Google Books, en el cual la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos de América respaldó la digitalización masiva de las colecciones de volúmenes de distintas universidades de dicho país para la alimentación de un servicio de búsqueda de Internet, al tenerse por uso justo cuando aquella va unida a un servicio de consulta conforme al cual la visualización de las copias escaneadas se ve restringida al punto de no sustituir al original¹³¹.

Fuera de las circunstancias particulares que justificaron la decisión en favor de la compañía responsable de Google Books, que en ningún caso importan un

¹³⁰ Los procesos promovidos por el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) en contra de la Universidad Autónoma de Barcelona y la Universidad de Barcelona, terminaron en las sentencias de 2 de mayo de 2013 del Segundo Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, confirmada el 29 de octubre de 2014 por la Audiencia Provincial de Barcelona, y de 2 de septiembre de 2013 del Octavo Juzgado de lo Mercantil de esa misma ciudad, respectivamente.

¹³¹ Por sentencia de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Estados Unidos de América, de fecha 16 de octubre de 2015, se confirmó el fallo de la Corte Distrital de fecha 14 de noviembre de 2013, que desestimó la acción del Gremio de Autores en contra de Google, Inc. por el uso masivo de millones de obras protegidas por copyright que representaban a través del escaneo de los soportes impresos que las contenían y su posterior puesta a disposición de los usuarios de sus servicios de búsqueda, particularmente aquél denominado Google Books.

reconocimiento abierto a la puesta a disposición de ejemplares digitalizados de obras protegidas a la luz del *fair use*, en la generalidad de las legislaciones comparadas la difusión de obras a través de su puesta a disposición en Internet requiere de la autorización al menos de los titulares de derechos, sin existir excepciones que eximan de dicho deber, ni aun en beneficio de bibliotecas y archivos públicos o emparentados con instituciones del rubro educativo. Lo anterior se justifica principalmente en el hecho de que el acceso a las obras del dominio privado a través de servicios gratuitos representa a lo menos una amenaza de pérdida de control respecto de las utilidades exclusivas que garantiza el derecho de autor a sus titulares, desafiando las reglas generales que lo conforman.

3.2. La conciliación entre las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro con la regla de los tres pasos.

3.2.1. La regla de los tres pasos para el establecimiento de excepciones a la protección de los derechos intelectuales.

Las excepciones o limitaciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI, en general, están formuladas en términos quisquillosos para el intérprete, al punto de dar origen a visiones tan diversas como las planteadas por WALKER, quien no expone mayores problemas en ellos para su aplicación; por CASTRO y GRUBSIC, quienes esbozan algunas de sus complicaciones normativas para intentar incorporar como sujetos de estas disposiciones a las bibliotecas virtuales; así como también las formuladas en la extensión de este texto, que además de tratar los puntos abordados por los mencionados autores, pretende dar coherencia a dichos preceptos, más allá de su ambición de dibujar el campo de acción de los titulares de derechos frente a las bibliotecas y archivos sin fines de lucro.

Este amplio desacuerdo entre los estudiosos de la legislación chilena sobre la materia no es más que una manifestación de la ya denunciada incerteza jurídica en cuanto a la aplicación de estas excepciones, que ha perjudicado no solamente a los titulares de derechos, sino que también a los servicios nacionales de biblioteca y archivo, los cuales conforman uno de los grupos más importantes de usuarios de publicaciones impresas o en forma de libro.

De esta incerteza jurídica emerge la duda acerca del grado de cumplimiento que tienen las excepciones estudiadas en relación con la regla de los tres pasos establecida tanto en el artículo 9.2 del Convenio de Berna como en el artículo 10 del WCT y el artículo 13 de los ADPIC. Sin embargo y a pesar de los defectos demostrados en las excepciones estudiadas, resulta desproporcionado concluir que ellos importan una ostensible infracción a lo ordenado por la regla de los tres pasos, sin perjuicio de que su formulación no responde a una estricta o adecuada aplicación de la misma. En cambio, de la integración de dicha regla como un elemento de interpretación de los elementos oscuros de los artículos 71 I a 71 L de la LPI es posible obtener criterios para resolver sus aparentes contradicciones y ambigüedades.

3.2.2. Pautas para la calibración de las excepciones para bibliotecas y archivos según la regla de los tres pasos.

La regla de los tres pasos obliga a los Estados parte del Convenio de Berna, de la OMPI y de los ADPIC a observar determinadas pautas para el establecimiento de las excepciones o limitaciones a los derechos intelectuales que protegen. Aun cuando pueda ser discutido si los artículos 9.2 del Convenio de Berna, 10 del WCT y 13 de los ADPIC se limitan únicamente a instruir un mandato a los Estados parte de estos tratados, de manera de no ser exigible su aplicación a los tribunales de justicia o directamente a las relaciones entre particulares, la interpretación de toda excepción o limitación a los derechos protegidos por dichas convenciones

internacionales debe suponer su ajuste conforme a éstas, pues actúan necesariamente como guía para la implementación de aquéllas¹³².

Ahora, una de las virtudes de los elementos que componen la regla de los tres pasos, que es crucial para su aplicación a las legislaciones internas, es su sencillez de asimilación en relación con las disposiciones que reglan principios como la función social de la propiedad, el derecho a la educación, al acceso a la información y tantos otros bienes jurídicos resguardados por los regímenes jurídicos de los distintos países comprometidos según las convenciones internacionales que consagran la referida regla.

Sin embargo, la creación de excepciones y limitaciones a los derechos intelectuales de acuerdo a la regla de los tres pasos no resulta siempre una tarea fácil. Las legislaciones internas suelen identificar casos especiales en los que se justifica la institución de este tipo de disposiciones, pero no necesariamente su planteamiento es lo suficientemente completo como para pretender su adecuado ajuste a los demás elementos de la regla de los tres pasos. Es así como la disposición de esta clase de normas muchas veces representa un peligro para los intereses de los titulares de derechos o para la normal explotación de las obras intelectuales protegidas más allá de la singularidad de las utilidades previstas por ellas.

Sin duda, una excepción ideal es aquélla que asegura utilidades que no requieren de la autorización de los titulares de derechos ni pago de remuneración, pero las compensaciones por estos usos cuando por su masividad y dificultad de control se hacen gravosos para los titulares de derechos puede resultar un contrapeso ideal para el cumplimiento con los últimos requisitos de la regla de los tres pasos.

¹³² XALABARDER, *op. cit.*, p. 385.

En lo sucesivo, serán examinados cada uno de los elementos de la regla de los tres pasos en conjunto con algunas de las observaciones realizadas a las excepciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI, de manera de analizar someramente fórmulas de ajuste de estas disposiciones con aquéllos y proponer lineamientos para futuras mejoras, cuyo fin será el resguardo de los derechos de autor de las obras que se explotan en forma de libro o similares, procurando el equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos y de los usuarios para acceder al patrimonio, a la información y a la cultura.

3.2.2.1. Las excepciones o limitaciones deben referirse a determinados casos especiales.

El primero de los elementos de la regla de los tres pasos para el establecimiento de excepciones y limitaciones a la protección del derecho de autor es que los usos permitidos representen casos especiales.

De acuerdo a lo indicado por RICKETSON, citado por XALABARDER, las excepciones o limitaciones, de conformidad a la regla de los tres pasos, deben ser establecidas para un propósito determinado, justificado por una política pública u otra circunstancia excepcional, de tal forma que la utilización permitida se encuentre precisada en detalle¹³³.

En relación con las excepciones objeto de esta investigación, uno de los principales defectos denunciados se enmarca en la imprecisión de sus términos, comenzando por el hecho de haber sido establecidas para bibliotecas y archivos sin ánimo de lucro, pero sin indicar pautas claras acerca de qué clases de establecimientos pueden ser tenidos por tales. De esta forma, el número de bibliotecas y archivos que se beneficiarían de estas excepciones -suponiendo que existen establecimientos de este rubro con ánimo de lucro en el país- deriva en un

¹³³ XALABARDER, *op. cit.*, p. 385.

número tan grande que puede ser confundido con la generalidad de los usuarios, especialmente para aquéllas obras intelectuales de nicho, cuyos canales de distribución son extremadamente limitados, como las publicaciones académicas. En otras palabras, el solo requisito de ausencia de lucro para que bibliotecas y archivos puedan beneficiarse de estas excepciones, dada su amplitud, transforma en la práctica a todas -si no a una abrumadora mayoría de- las bibliotecas y los archivos del país en sujetos favorecidos por estas excepciones, haciendo innecesaria la distinción entre unos y otros en atención a dicha condición y mermando las posibilidades de administración de derechos intelectuales sobre los usos realizados por estos servicios o con ocasión de sus prestaciones.

Ahora, la determinación de las bibliotecas y de los archivos beneficiados por estas excepciones pasa por la solución de dos problemas: la definición de lo que según la LPI se debe entender por tales, además de cuáles de aquéllos, en la medida que el legislador lo estime necesario, podrá ejercerlas.

Actualmente, la LPI remedia defectuosamente dichos problemas, en el sentido de que, ante la ausencia de una definición como aquéllas de su artículo 5, da débiles luces acerca de lo que entiende por bibliotecas y archivos, por una parte, y aquéllas sin fines lucrativos, por la otra. Sin embargo, como fue observado previamente, del análisis sistemático de las excepciones estudiadas y su estudio integrado con otras normas de la LPI, en particular el artículo 71 N, ha sido posible entender que las primeras favorecen la actividad de establecimientos físicos dedicados a la prestación de servicios vinculados a la utilización de sus colecciones de ejemplares de obras intelectuales, lo que permite descartar su aplicación a servicios de Internet o similares, resultando más confuso definir cuáles de aquéllos tienen o no finalidades de lucro, pues aun cuando fue determinado que se considerarán de una u otra clase dependiendo de los pagos asociados a sus prestaciones, ello no deja de ser circunstancial y, por tanto, entregado a la casuística.

Sobre el punto, las legislaciones que establecen excepciones para bibliotecas y archivos suelen beneficiar a aquéllos que no tienen fines de lucro. CREWS observa que, en la mayoría de los casos, estos establecimientos deben tener una misión o servicio públicos, de manera que son favorecidos aquellos que no tienen fines de lucro y que se encuentran vinculados con servicios públicos, escuelas y universidades, museos e instituciones políticas; además de legislaciones que optan por prescribir mínimas condiciones o ninguna, de manera que bibliotecas comerciales puedan reproducir gratuitamente y sin necesidad de autorización obras de su colección, en la medida en que no haya una finalidad lucrativa en dicho acto¹³⁴. Lo anterior revela que no es la ausencia de lucro de la actividad de bibliotecas y archivos lo que justifica la implementación de excepciones para el ablandamiento de sus costos de operación y el beneficio de la comunidad, sino que la misión de los Estados de garantizar el transversal acceso a la información, al conocimiento y a la cultura a través del despliegue de medidas asociadas a la función social de la propiedad, intelectual en este caso.

La LPI sigue esta línea, pero el legislador erró en normar en términos que obligan al intérprete a asumir que unos y otros establecimientos tienen o no finalidades lucrativas en su actuar cuando, en los hechos, la presencia de este elemento va aparejada a las prestaciones concretas que realizan a la comunidad en relación con los ejemplares de obras del dominio privado que se encuentran en sus colecciones. Por esta razón, en la discusión del proyecto de ley prevaleció como principio que las bibliotecas y los archivos de todo establecimiento educacional, que cobrara o no un arancel por sus servicios, podrían aprovechar las excepciones de los artículos 71 I a 71 L y del 71 N.

Por cierto, la ausencia de lucro también constituye un requisito incongruente con los objetivos tenidos por el legislador nacional para establecer las excepciones estudiadas, tendientes a la vigorización de los servicios de bibliotecas y de archivo de establecimientos abiertos al público y educacionales en tanto se les reconoce

¹³⁴ CREWS, *op. cit.*, p. 33 – 35.

como centros de interacción de la cultura y la educación. Es así que actualmente no solamente se ven beneficiadas las bibliotecas y los archivos de escuelas, universidades y organismos públicos encargados de difundir cultura y conocimientos, sino que también las de asociaciones gremiales, sindicatos, empresas de los más diversos rubros, entre otras personas, siempre y cuando sus servicios no se encuentren asociados a cobros a sus usuarios. Esta circunstancia redundaría en un mayor desincentivo para que estos establecimientos adquieran ejemplares en el comercio tradicional, especialmente en atención a las excepciones de los artículos 71 I y 71 L, o a través de los canales normales de distribución definidos por los titulares de derechos.

Dicho lo anterior, el problema de la determinación de los sujetos beneficiados por las excepciones para bibliotecas y archivos puede ser resuelto a través de dos vías naturales. La primera de ellas es la definición precisa y exhaustiva de estos establecimientos, sea por la vía de la consagración de una acepción legal tal como aquéllas del artículo 5 de la LPI, o bien por medio de la pormenorización de aquéllos establecimientos bibliotecarios y archivos beneficiarios, especialmente aquéllos vinculados estrictamente a la educación y a la conservación del patrimonio cultural. La segunda posible solución consiste en la remisión expresa de estas excepciones a aquéllas colecciones que se encuentren abiertas al público y que dependan del Director Nacional del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural¹³⁵, además de aquellos pertenecientes o dependientes de las instituciones de educación formal¹³⁶. De este modo, las excepciones en estudio no solamente armonizarían con los principios que las inspiran, sino que también ganarían certeza jurídica, permitiendo

¹³⁵ El artículo 2 del D.F.L. N° 5.200 de 1.929 del Ministerio de Educación Pública, sobre instituciones nacionales patrimoniales dependientes del Servicio Nacional del Patrimonio Cultural, continuador de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, señala que el Director de esta repartición tiene a su cargo “la dirección superior de la Biblioteca Nacional, del Archivo Nacional, del Museo Histórico Nacional, del Museo Nacional de Historia Natural, del Museo Nacional de Bellas Artes, de los Museos de Valparaíso, Concepción y Talca y de los que se creen en el futuro, de la Visitación de Imprentas y Bibliotecas, del Registro Conservatorio de la Propiedad Intelectual, del Depósito de Publicaciones Oficiales, de las bibliotecas públicas, de las departamentales y de las asimiladas a cualquiera de estas dos últimas categorías”. Las bibliotecas departamentales son indicadas en el artículo siguiente, y corresponden a la Biblioteca Santiago Severín de Valparaíso y las que para tal carácter funde o destine el Ejecutivo.

¹³⁶ Artículo 2 de la Ley N° 20.370 General de Educación.

a los sostenedores de este tipo de servicios contar con ellas para su aprovechamiento y a los titulares de derechos poder administrar licencias por la utilización de sus obras en establecimientos que no califiquen dentro de los enlistados previamente.

Como complemento, la limitación explícita al espacio físico de los establecimientos bibliotecarios y de archivo ha de tenerse presente como condición para la realización de las reproducciones y traducción permitidas por los artículos 71 I a 71 L de la LPI, de manera de facilitar el control de las reproducciones permitidas a los respectivos titulares de derechos.

Un segundo problema denunciado en esta investigación que importa una falta de cumplimiento con el primero de los elementos de la regla de los tres pasos es la inacabada definición de algunas de las hipótesis que permiten la reproducción gratuita y sin necesidad de autorización de los ejemplares de las colecciones de las llamadas bibliotecas y archivos sin fines de lucro, especialmente aquéllas que se refieren a la ausencia de ejemplares de obras en el mercado dentro de un determinado periodo de tiempo en términos tales que permiten dudar de la utilidad de las excepciones de los artículos 71 I y 71 L de la LPI en la práctica.

Ciertamente, en la medida en que el conjunto de las bibliotecas y los archivos beneficiarios de excepciones como las estudiadas consista en un universo acotado, el requisito de prueba de ausencia de una obra en algún mercado en particular se vuelve prescindible. Sin embargo, en el grado de apertura que presenta el texto actual de las excepciones estudiadas a cualquier biblioteca y archivo que cumpla con la también confusa exigencia de ausencia de lucro, la inexistencia de ejemplares a la venta durante un plazo determinado parece un contrapeso razonable para el resguardo de los intereses de los titulares de derechos. Pero el legislador no tuvo en consideración lo excesivamente gravosa de la prueba de ausencia en el mercado de los ejemplares de una obra, tanto para las instituciones usuarias como para los titulares de derechos, haciendo necesaria la decisión de un

juez para obtener certeza jurídica de que la fabricación de un máximo de dos copias de una determinada obra cumple con los requisitos establecidos por el artículo 71 I de la LPI, por ejemplo. Estas excepciones, además, constriñen a los titulares de derechos a realizar enormes iniciativas y esfuerzos a evitar que los ejemplares de sus obras salgan del mercado en los plazos indicados en los artículos 71 I y 71 L de la LPI, para evitar la competencia que importaría el acceso gratuito a través de las numerosas bibliotecas y archivos que parecen ser elegibles para realizar reproducciones y traducciones sin autorización. Todo lo anterior desnaturaliza los fines de preservación y acceso a la cultura y a las artes que subyacen en las referidas excepciones.

Un último elemento sobre el cual poner atención en relación con la falta de cumplimiento del primero de los elementos de la regla de los tres pasos en las excepciones estudiadas, es la generalidad de su aplicación para toda clase de obras siempre y cuando se encuentren en las colecciones de bibliotecas y archivos, lo cual incide negativamente para el caso de las publicaciones cuyos canales de circulación son limitados, como es el caso de los textos y publicaciones impresas de interés académico. En tanto esta circunstancia se relaciona íntimamente con el segundo elemento de la regla de los tres pasos, ésta será analizada en el punto siguiente.

3.2.2.2. Las excepciones o limitaciones no deben atentar contra la explotación normal de los objetos protegidos por los derechos intelectuales.

El segundo de los elementos de la regla de los tres pasos impide que las excepciones y limitaciones al derecho de autor entren en conflicto con la explotación normal de las obras. Ahora, por “explotación normal de las obras” se entiende aquéllos usos actuales o futuros que importen ingresos de manera significativa o

tangible a los titulares de derechos¹³⁷. Lo anterior implica que las modalidades de explotación de las obras que deben ser entendidas como normales son aquellas vinculadas actualmente o potencialmente a la naturaleza de su forma de expresión. Así, las obras intelectuales destinadas únicamente a ser distribuidas a través de bibliotecas y archivos no deberían ser afectadas por las excepciones prescritas para este tipo de establecimientos o servicios.

Teniendo presente lo anterior, resulta patente que, a diferencia de otras clases de obras, el libro y otras publicaciones similares tienen canales característicos de explotación, algunos de ellos inalcanzables para determinados géneros literarios o artísticos. Particularmente y por su naturaleza, el libro depende de su distribución en múltiples copias para su aprovechamiento. Estas copias compiten con otras que no solamente se encuentran en el mercado, sino también con aquellas disponibles gratuitamente en bibliotecas y archivos desde el momento de su distribución lícita. Los canales de difusión de publicaciones sobre ciencias naturales y sociales, cuyo público objetivo está vinculado al mundo académico y profesional, además de aquellas periodísticas y documentales, cuyo consumo se encuentra ligado fuertemente a la actualidad de los asuntos que tratan, entre muchas otras clases de obras, se encuentran en la generalidad de los casos restringidos a eventos efímeros cuyo impacto económico no necesariamente redundaría en una retribución al trabajo autoral que hay en ellos. Para esta clase de publicaciones, la explotación gratuita por parte de agentes como bibliotecas, archivos y de los más diversos servicios de Internet, representa una fuerte contradicción con la filosofía de incentivos o de bien común que subyace en los derechos intelectuales, debido a la contradicción que existe entre dichas conductas y el segundo elemento de la regla de los tres pasos.

Algo similar ocurre con aquellos libros fabricados para su consumo indirecto e intermedio, puesto que, al no ser destinados a su distribución por medio de la venta en el mercado, su reproducción gratuita y sin necesidad de autorización por

¹³⁷ XALABARDER, *op. cit.*, p. 386.

parte de los titulares de derechos, conforme a los artículos 71 I y 71 K de la LPI, este último en función de lo autorizado por el artículo 71 N del mismo instrumento legal, redundando en la proliferación no controlada de copias materiales y electrónicas que desafía las facultades conferidas por el derecho de autor a los titulares para la explotación de sus creaciones en los canales normales para su explotación.

Esta masificación de las copias de libros a través de la reprografía como también el crecimiento de su difusión a través de la disposición de sus copias digitalizadas o electrónicas en redes como Internet se ha vuelto común en todos los géneros de obras literarias y para toda clase de libros, situación que ha llevado a distintas legislaciones a la revisión de las excepciones que permiten la copia privada para uso personal por poner en riesgo su explotación normal, lesionar los intereses de sus titulares de derechos y causar perjuicios únicamente remediables por medio de una remuneración compensatoria¹³⁸.

La constatación de estos hechos deriva a deducir que las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro establecidas en la LPI generan una paradoja de conformidad a la cual no existirían estímulos para la creación de interés académico y educativo local a través de la protección de la propiedad intelectual de los libros documentales, monografías, ensayos, tesis y publicaciones científicas, además de otras de distintos géneros literarios y categorías. Ciertamente, la retribución económica o el control de las obras no constituyen el único aliciente para el desarrollo creativo, pero el despojo de la facultad para obtener una retribución por el uso de este tipo de obras intelectuales en los reducidos canales de difusión que tienen, convierte a las excepciones estudiadas en una amenaza para la producción artística, cultural, documental y científica en el país.

Ahora, la solución a este punto no pasa por la derogación de estas excepciones, en tanto cumplen un rol sustancial para el ejercicio de otros derechos

¹³⁸ ANTEQUERA Parilli, Ricardo y ANTEQUERA, Ricardo Enrique. Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual. En: Revista Jurídica de Propiedad Intelectual, Tomo 1. Guayaquil, Ecuador. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2.009, p. 26.

fundamentales y afectan las obras intelectuales en distinta medida de acuerdo a sus géneros, sino en su revisión en torno a la diferenciación entre estos últimos, de manera que el derecho de autor signifique un estímulo para la creación que tenga en consideración a todas las categorías de creaciones intelectuales. Así, el tratamiento especial del libro en las referidas excepciones podría implicar la aplicación de algunas o de todas ellas, pero bajo la condición de cumplirse ciertos requisitos adicionales.

Por ahora, y en torno al libro como categoría de obra a ser atendida, las modificaciones legales que debieran promoverse habrían de tenerlo como una realidad compleja que no solamente incluye una única clase de obras, preferentemente literarias, sino que también ilustraciones, partituras, diagramas y todo tipo de incorporaciones que pueden ser de propiedad de autores distintos a los creadores de su texto, por ejemplo. De esta manera, las excepciones revisadas para bibliotecas y archivos de la LPI podrían proponer que la reproducción -aun parcial- del libro pueda envolver una utilización completa de determinadas obras contenidas en él, sin amenazar con ello a sus titulares.

3.2.2.3. Las excepciones o limitaciones no deben causar un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores y titulares de derechos.

El tercer elemento de la regla de los tres pasos es la ausencia de perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores, entendiendo por tales cualquier lesión o amenaza a sus derechos, sea en su vertiente moral o patrimonial.

Aunque es frecuente vincular el interés de los autores y titulares de derechos a la posibilidad de obtener de una retribución económica por la utilización de sus obras, se debe tener presente que aquél es más amplio, pues se relaciona con la

expectativa de control de los usos, a través de la facultad de autorizarlos o no, que confiere el derecho patrimonial.

Con el fin de asegurar la protección a los derechos intelectuales sin renunciar a las excepciones que ya han sido establecidas, en algunas legislaciones es aceptada la fijación de una remuneración compensatoria ante una potencial lesión a los intereses de los autores y titulares de derechos provocada por una excepción¹³⁹. Ello se justifica, como se ha indicado, en la idea de retribuir económicamente a los titulares de derechos ante la masificación de la difusión de las obras intelectuales para uso personal¹⁴⁰, por ejemplo.

Sobre la materia, la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, complementa las disposiciones del Convenio de Berna, WCT y ADPIC en cuanto a indicar, en su consideración trigésima quinta, que para determinar la forma que debe adoptar la compensación a los autores o titulares de derechos, deben tenerse presentes las circunstancias particulares de cada caso, el posible daño a los autores y titulares de derechos derivado del uso permitido por la excepción o limitación y el grado de protección que ofrecen algunas medidas tecnológicas, explicitando que no es necesaria una remuneración cuando el perjuicio sea mínimo o los titulares de derechos hayan recibido un pago de alguna otra forma¹⁴¹.

¹³⁹ XALABARDER, *op. cit.*, p. 387.

¹⁴⁰ ANTEQUERA y ANTEQUERA, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴¹ Textualmente indica que “en determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de los derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas. A la hora de determinar la forma, las modalidades y la posible cuantía de esa compensación equitativa, deben tenerse en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. Un criterio útil para evaluar estas circunstancias sería el posible daño que el acto en cuestión haya causado a los titulares de los derechos. Cuando los titulares de los derechos ya hayan recibido una retribución de algún tipo, por ejemplo, como parte de un canon de licencia, puede ocurrir que no haya que efectuar un pago específico o por separado. El nivel de compensación equitativa deberá determinarse teniendo debidamente en cuenta el grado de utilización de las medidas tecnológicas de protección contempladas en la presente Directiva.

En función de estos criterios orientadores, las distintas legislaciones nacionales de los estados miembros de la Unión Europea han institucionalizado paralelamente excepciones que no involucran el pago de una remuneración ni autorización de parte del titular de derechos en aquéllos casos en que el perjuicio previsto para los titulares es mínimo o irrelevante, como ocurre generalmente con aquellos actos de reproducción realizados por bibliotecas y archivos para la mera conservación de un ejemplar deteriorado o para la reposición de uno perdido que no se encuentre en el mercado; en cambio, para el caso de la investigación y el uso personal, es posible observar tanto excepciones como licencias obligatorias, éstas últimas para casos como la comunicación pública de volúmenes digitalizados a través de redes de equipos computacionales.

3.2.3. El establecimiento de licencias no voluntarias para el uso de libros por parte de bibliotecas y archivos.

Dentro de las posibles vías de solución para evitar el eventual perjuicio a los titulares de derechos de obras publicadas en forma de libro por su reproducción de acuerdo a los términos de las excepciones se encuentra el establecimiento de licencias no voluntarias de acuerdo a las cuales las bibliotecas y los archivos puedan realizar ciertos usos determinados por la ley a cambio de una retribución en dinero forzosa, pagadera a una EGC autorizada, la cual procuraría su correcta distribución.

Este mecanismo, llamado de licenciamiento obligatorio¹⁴²⁻¹⁴³, no es ajeno para la legislación nacional. En efecto, fue establecido exitosamente desde el año

Determinadas situaciones en las que el perjuicio causado al titular del derecho haya sido mínimo no pueden dar origen a una obligación de pago”.

¹⁴² LIPSZYC, *op. cit.*, p. 220.

¹⁴³ En la legislación comparada se distinguen dos formas de licenciamiento no voluntario: las licencias obligatorias o compulsorias, cuyas características se describen en el cuerpo de esta investigación, y las licencias legales o estatutarias, en el cual la ley es el mecanismo que concede la autorización para una utilización determinada y que, a su vez, fija la tarifa a la cual ésta se encuentra

1.992 por la Ley N° 19.166 para beneficiar a los artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas. Esta ley reemplazó el artículo 67 para declarar que “el que utilice fonogramas o reproducciones de los mismos para su difusión por radio o televisión o en cualquiera otra forma de comunicación al público, estará obligado a pagar una retribución a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas” a través de la EGC que los representa¹⁴⁴.

Las licencias obligatorias representan una excepción a las facultades exclusivas de los titulares de derechos para autorizar el uso de sus obras y se caracterizan por conferir un derecho no exclusivo e intransferible al usuario o licenciatario para el territorio nacional, asegurando al titular una remuneración equitativa¹⁴⁵. De esta forma, la utilización es asociada a una retribución en dinero que permite mitigar o compensar la lesión en los intereses de los titulares o a la explotación normal de la obra que ello supone, dando así cumplimiento al segundo y al tercer elemento de la regla de los tres pasos¹⁴⁶.

Por su naturaleza y al igual que los derechos de remuneración, las licencias obligatorias requieren, como contrapartida, de la gestión colectiva de los derechos

afecta. En el sistema de licenciamiento legal también es aceptada la fijación de tarifas para el uso de obras intelectuales protegidas por la autoridad administrativa o judicial que determine la ley (LIPSZYC, *op. cit.*, p. 240; ANTEQUERA y ANTEQUERA, *op. cit.*, p. 20).

¹⁴⁴ El nuevo artículo 67 de la LPI, vigente sin cambios desde entonces, permitió a los artistas e intérpretes musicales, agrupados en la Sociedad Chilena de Intérpretes (SCI) y la Sociedad Chilena de Artistas e Intérpretes Musicales (SCD), en ese entonces la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, controlar eficientemente el uso de sus interpretaciones y ejecuciones grabadas en fonogramas, pero además lograr una remuneración para los autores de las obras musicales interpretadas y ejecutadas por dichos artistas, consiguiendo consolidar este modelo de administración de derechos intelectuales para este tipo de obras y derechos conexos, disminuyendo sus costos de administración en el tiempo. El éxito que supuso el modelo de gestión de derechos introducido por la Ley N° 19.166 inspiró la posterior introducción del mecanismo de licencias obligatorias para los artistas intérpretes y ejecutantes de obras en formato audiovisual a través de la Ley N° 20.243, así como también para los directores y guionistas de audiovisuales, a través de la Ley N° 20.959.

¹⁴⁵ ANTEQUERA y ANTEQUERA, *op. cit.*, p. 20.

¹⁴⁶ ANTEQUERA y ANTEQUERA aclaran que el cumplimiento de la regla de los tres pasos es obligatorio para el establecimiento legal de un derecho de remuneración que sustituya el derecho de autorizar el uso de las obras intelectuales (ANTEQUERA y ANTEQUERA, *op. cit.*, p. 26).

afectos, frecuentemente por una EGC¹⁴⁷. Es por esta razón que también se habla de la gestión colectiva obligatoria de estos derechos.

Ahora, en el sistema de licencias obligatorias, los sujetos obligados al pago generalmente suelen ser personas designadas por las mismas normas, tales como fabricantes o importadores de equipos y materiales que permiten la reproducción, o también los organismos que prestan el servicio de copiado, aun cuando los usuarios de la copia sean las personas que la solicita para su uso personal¹⁴⁸.

BERCOVITZ observa que, en los supuestos de licencias y gestión colectiva obligatorias, las EGC pueden prescindir de celebrar contratos de gestión con los titulares de derechos de su ámbito, pues éstos se ven desapoderados para ejercitar de modo individual su derecho. Sin embargo, esta intromisión extraordinaria en las facultades para ejercer el derecho de propiedad no puede ser introducida por otro mecanismo que por una ley¹⁴⁹. No obstante lo anterior, CREWS explica que al tiempo que los titulares pierden cierto nivel de control, éste se reduce a formas de utilización particulares; a cambio, la administración de los derechos por dichas utilidades gana en eficacia¹⁵⁰. Cabe aclarar que las aseveraciones de BERCOVITZ, pensadas para la realidad española, resultan coherentes para el marco jurídico chileno, en tanto la Constitución Política de la República ha dispuesto una “reserva legal” para el establecimiento de normas que regulen, entre otras materias, el modo de usar, de gozar y disponer de la propiedad, así como también sus limitaciones y las obligaciones que deriven de su función social¹⁵¹.

Ahora, la implementación del modelo de licencias obligatorias para las bibliotecas y los archivos usuarios de libros requiere de determinar el o los usos

¹⁴⁷ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 239; CREWS, *op. cit.*, p. 42.

¹⁴⁸ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 243.

¹⁴⁹ BERCOVITZ Rodríguez-Cano, Rodrigo y otros. Manual de Propiedad Intelectual. Coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Cuarta Edición. Valencia, España. Tirant Lo Blanch, 2009, p. 260 – 261.

¹⁵⁰ CREWS, *op. cit.*, p. 42.

¹⁵¹ Así lo indica el segundo inciso del numeral 24 del artículo 19 de la CPR.

comprendidos en ellas, tarea que no resulta sencilla en atención a la limitada gama de utilizaciones que realizan estos servicios y la existencia de las excepciones estudiadas, con las cuales eventualmente entrarían en colisión debido a su amplitud.

En el derecho comparado se puede advertir tres áreas en las que las licencias obligatorias para el uso de libros se encuentran consagradas, desde las cuales pueden extraerse guías para su implementación: la reprografía o reproducción del libro a través de impresos, el préstamo de uso de ejemplares y la digitalización de éstos para su puesta a disposición a través de servicios de Internet.

En cuanto a la primera de estas áreas, las legislaciones extranjeras que establecen licencias obligatorias para el ámbito de la reprografía distinguen entre los casos en que esta actividad es realizada para la preservación de ejemplares y el uso personal de los usuarios de bibliotecas y archivos. Para el primero, la regla general es el establecimiento de excepciones en que no resulta necesaria la autorización del ni la remuneración al titular de derechos, siempre que la reproducción se realice sin fines comerciales, se restrinja a un número muy acotado de copias y bajo la condición de que los ejemplares no se encuentren en el mercado¹⁵²; por el contrario, para la copia privada, uno de los mecanismos de compensación más aceptados en la legislación comparada es aquél que permite la reproducción a cambio de una remuneración que debe ser pagada por quien presta el servicio de copiado, incluyendo dentro de estas hipótesis a bibliotecas y archivos.

La primera legislación en establecer esta la remuneración por copias para uso personal fue la de la República Federal Alemana, luego de que en 1.954 el Tribunal Federal de Justicia de dicho país admitiera la procedencia de remuneración por las grabaciones privadas de obras protegidas, dando así origen al quinto inciso del artículo 53 de la Ley sobre Derecho de Autor, en la cual se estableció el derecho

¹⁵² Los anteriormente citados artículos 37 de la Ley N° 23 de 1.982 sobre Derechos de Autor de Colombia y 148 de la Ley Federal del Derecho de Autor de los Estados Unidos Mexicanos adhieren a este criterio.

del autor a exigir el pago de una remuneración al fabricante de equipos que permiten la fijación de emisiones de radiodifusión y la reproducción de los registros visuales o sonoros fijados en otro soporte¹⁵³.

Desde entonces, el canon de compensación por la copia privada realizada a solicitud de los usuarios ha sido ampliamente difundido entre los países europeos a principios, consolidándose en Europa en la década del 90 del siglo XX, pues a partir de dicha época, países como Austria, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Noruega y Suecia contaban con una norma que establecía un derecho de remuneración para este tipo de utilidades, y además con EGC preocupadas por su recaudación en el ámbito de la reprografía¹⁵⁴.

La segunda área de atención para el estudio y eventual implementación de licencias obligatorias para bibliotecas y archivos dice relación con el préstamo de uso dirigido al público. Esta forma de utilización, común entre bibliotecas y archivos con y sin fines lucrativos, actualmente no se encuentra cubierta por las excepciones estudiadas ni por otra norma de la legislación nacional. Se trata de una de las utilidades de ejemplares más practicada por este tipo de instituciones, históricamente desatendida en Chile, desarrollándose en diferentes modalidades, entre las cuales se cuentan el comodato con y sin desplazamiento de ejemplares singulares, el préstamo interinstitucional de copias y el préstamo interinstitucional de colecciones.

Algunos ejemplos de licencias no voluntarias para el préstamo al público los consagran el numeral 2 del artículo 37 de la Ley española de Propiedad Intelectual, que establece que “los museos, archivos, bibliotecas, hemerotecas, fonotecas o filmotecas de titularidad pública o que pertenezcan a entidades de interés general de carácter cultural, científico o educativo sin ánimo de lucro, o a instituciones docentes integradas en el sistema educativo español, no precisarán autorización de

¹⁵³ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 241 – 242.

¹⁵⁴ LIPSZYC, *op. cit.*, p. 242.

los titulares de derechos por los préstamos que realicen”, pero que “los titulares de estos establecimientos remunerarán a los autores por los préstamos que realicen de sus obras en la cuantía que se determine mediante Real Decreto”, agregando que esta remuneración ha de ser pagada a una EGC.

Una tercera área que cobra relevancia para la disposición de licencias obligatorias es la comunicación pública a través de terminales de redes telemáticas institucionales, tanto dentro de los límites de los establecimientos bibliotecarios o de archivo como fuera de ellos, independientemente de quien detente la propiedad de la respectiva red, de manera de compensar a los titulares de derechos afectados por la amenaza al ejercicio de sus derechos proveniente de la amplia difusión de reproducciones exactas que permiten actualmente las tecnologías de la información.

En el presente, son frecuentes los proyectos de bibliotecas y archivos abiertos a cargo de instituciones educacionales como entidades públicas, entre otros agentes, por medio de los cuales ponen a disposición del público o de determinados miembros de éste un conjunto de obras a través de la digitalización de sus ejemplares. En el caso de algunos establecimientos educacionales, servicios como los campus virtuales de la Universidad de Barcelona y la Universidad Autónoma de Barcelona¹⁵⁵, tienen un alcance que desborda el límite espacial de los respectivos establecimientos para así facilitar la consulta remota de sus colecciones de textos, aprovechando las facilidades de la Internet, pero afectando el ejercicio de los derechos de múltiples titulares.

Ahora, la apertura del mecanismo de licencias obligatorias para la referida comunicación pública de libros por parte de toda biblioteca y todo archivo a otros agentes que prestan servicios similares, sea en forma frecuente o eventual, tales como los servicios de archivo y biblioteca virtual de propiedad de establecimientos educacionales y, por qué no redes sociales de Internet, llevaría a mayores ingresos

¹⁵⁵ Ver nota número 130.

para los titulares de derechos, no solamente respecto de las obras literarias contenidas en ellos, sino que también de aquellas de otras clases que son incluidas.

Si bien es posible prevenir que la instauración de esta forma de licenciamiento para la comunicación pública de libros surgiría un desincentivo para su digitalización y difusión por medios digitales, ello abriría también la facilidad de recurrir a una o más EGC para convenir el uso de repertorios generales de libros, dando seguridad a los usuarios de no incurrir en infracción a la LPI en dichas actividades, superando uno de los principales defectos de los sistemas de la gestión colectiva de derechos intelectuales, consistente en la limitación de la esfera de alcance de las licencias de las EGC únicamente a las obras de sus afiliados. Además, una iniciativa legislativa de esta categoría contribuiría al financiamiento mínimo de las operaciones de las EGC encargadas del otorgamiento de estas licencias y su recaudación.

CONCLUSIONES.

La gestión colectiva de los derechos de autor del libro es una actividad que no ha podido ser desplegada en Chile debido a una serie de circunstancias entre las cuales destacan la existencia de excepciones ambiguas en su contenido y alcance en beneficio de bibliotecas y archivos sin ánimos de lucro. Este problema revela el profundo descuido por parte del legislador respecto de la protección de los derechos de numerosos autores, así como también de los intereses de las instituciones que habrían de beneficiarse de las referidas excepciones, puesto que la falta de precisión de sus términos ha redundado tanto en hipótesis de imposibilidad para su aplicación como de incerteza jurídica.

Sin perjuicio de estas imprecisiones, existen hipótesis viables en que los autores de obras publicadas en forma de libro pueden gestionar en forma individual o colectiva sus derechos de autor, teniendo como usuarios de sus creaciones a bibliotecas y archivos. El problema surge cuando, dada la naturaleza como la destinación del libro y de las obras contenidas en él, la distribución gratuita y no remunerada a través de bibliotecas y archivos beneficiadas por las excepciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI se transforma en su canal normal de difusión o pugna con los establecidos en el mercado, como ocurre con aquellos ejemplares de interés académico o periodístico o los que son fabricados para su consumo indirecto o intermedio, de acuerdo a las caracterizaciones propias de las industrias culturales.

Es en esos puntos en que aparecen los defectos de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro, cuyos alcances cubren tanto la imposibilidad de los autores de controlar el uso de las obras de su creación como la incerteza jurídica para las bibliotecas y los archivos usuarios, que se ven enfrentados a normas que dejan dudas acerca de las actividades que pueden realizar en relación con los ejemplares que integran sus colecciones. Ello lleva a cuestionar el grado de cumplimiento de las excepciones para bibliotecas y archivos sin fines de lucro

respecto de la regla de los tres pasos, consagradas en el Convenio de Berna, en el WCT y en los ADPIC.

Aun cuando las excepciones de los artículos 71 I a 71 L de la LPI presentan términos poco asertivos, oscuros e incluso llevan a situaciones en que los usos permitidos se tornan impracticables, ello no ha importado necesariamente una infracción de la regla de los tres pasos. Sin embargo, ante la persistencia de estos defectos, la referida regla para el establecimiento de excepciones y limitaciones al derecho de autor representa un elemento crucial no solamente para la interpretación de las disposiciones existentes, sino que también para su corrección a través de una eventual, necesaria e imperiosa reforma, la cual debe tener como misión enmendar los mencionados artículos, pero también garantizar que los titulares de derechos de autor puedan obtener, a lo menos, el control del uso de las obras de su creación. En ello, debe tenerse en consideración el rol que cumplen las EGC para la defensa de los intereses de los titulares de derechos.

Sobre el punto, el estudio de las modificaciones propuestas a las excepciones para bibliotecas y archivos no debe desconocer las particularidades del libro como una forma de creación intelectual protegida por el derecho de autor, observación que debe extenderse a toda clase de publicaciones que son difundidas en una forma similar. En efecto, el libro suele ser vinculado a las llamadas obras literarias, pero la realidad es que por medio de él pueden adquirir materialidad todo tipo de obras intelectuales susceptibles de ser expresadas a través de la impresión gráfica. Ello revela que el libro, como concepto, tiene una doble dimensión: por una parte se trata de un soporte físico para la fijación de las creaciones intelectuales del hombre y, por la otra, una forma de expresión de las mismas.

Dada la multiplicidad de titulares de derechos cuyas obras independientes pueden encontrarse contenidas en un mismo libro, la gestión colectiva emerge como un mecanismo eficiente para garantizar el respeto de los intereses de todos ellos, a través de su representación para negociar las autorizaciones idóneas que cubran

las utilizaciones que las bibliotecas y archivos quieran realizar en respeto de los derechos de autor, pero también en función de su misión como instituciones encargadas de la preservación del patrimonio cultural y de las artes, así como también como prestadoras de servicios para la investigación y la educación.

Desde esta perspectiva, e independientemente de la institución de licencias obligatorias para ciertos ámbitos de utilización del libro, las correcciones que deban ser realizadas a las excepciones establecidas por la Ley N° 20.435 para beneficiar a ciertas bibliotecas y archivos deben contemplar el fortalecimiento de la gestión colectiva de los derechos intelectuales a través de las EGC como una forma de asegurar la debida protección de los intereses de los titulares de derechos, porque así se ha comprometido el país a través de distintos instrumentos internacionales.

Las potencialidades de una reformulación de las excepciones analizadas bajo la directiva de la vigorización de la gestión colectiva no se agotan en el simple, aunque necesario, cumplimiento de la regla de los tres pasos o en la creación de condiciones de seguridad jurídica en el sistema de protección del derecho de autor: al tiempo de dar coherencia a éste, las organizaciones propietarias o responsables de las bibliotecas y de los archivos que cumplan con los requisitos que establezca la ley en función de su vinculación con la educación y la preservación de la cultura, entre otras misiones relacionadas, podrán tener acceso gratuito al patrimonio universal, además de poder desarrollar actividades que reconozcan el aporte de los autores a él por medio de la colaboración mutua.

BIBLIOGRAFÍA.

TRATADOS, REVISTAS, MONOGRAFÍAS, ARTÍCULOS Y PUBLICACIONES SIMILARES.

ÁLVAREZ Valenzuela, Daniel. En busca de equilibrios regulatorios: Chile y las recientes reformas al derecho de autor. International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), Documento de Política 12, Ginebra, Suiza (2011).

ÁLVAREZ Valenzuela, Daniel y CORREA Pérez, Marco. La doble dimensión del derecho de autor: el acceso a la cultura y los derechos de autor. En: Revista de Derecho Público, Vol. 85. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2016.

ANTEQUERA Parilli, Ricardo. Derecho de Autor. Tomos I y II. Segunda Edición. Caracas, Venezuela. Editorial Venezolana, 1.998.

ANTEQUERA Parilli, Ricardo y ANTEQUERA, Ricardo Enrique. Las Licencias Obligatorias como Límites a los Derechos de Propiedad Intelectual. En: Revista Jurídica de Propiedad Intelectual, Tomo 1. Guayaquil, Ecuador. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, 2.009.

ARAGÓN, Emilia. Las entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual. Tercer Seminario Regional sobre Propiedad Intelectual para Jueces y Fiscales de América Latina, organizado conjuntamente por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Oficina Europea de Patentes (OEP) y la Oficina Española de Patentes y Marcas (OEPM), con la colaboración del Ministerio de Cultura de España, el Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ), la Agencia Española de Cooperación Internacional (AECI) y la Secretaría de Integración Económica Centroamericana (SIECA). Antigua, Guatemala, 2004.

BARBERÁN Molina, Pascual. Manual Práctico de Propiedad Intelectual. Madrid, España. Editorial Tecnos, 2.010.

BARTON, Thomas y COOPER, James. Propiedad Intelectual: Cómo prevenir y resolver problemas. Traducción de Marlene Riethmüller. Santiago, Chile. Editorial Librotecnia, 2.015.

BERCOVITZ Rodríguez-Cano, Rodrigo y otros. Manual de Propiedad Intelectual. Coordinado por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Cuarta Edición. Valencia, España. Tirant Lo Blanch, 2009.

BOTERO Cabrera, Carolina, GUZMÁN Mejía, Luisa Fernanda y CABRERA Peña, Karen Isabel. La gestión colectiva ante el desafío digital en América Latina y el Caribe. Bogotá, Colombia. Fundación Karisma, 2015.

BURGOS Osorio, Felipe Andrés. Innovación – Su promoción a través de la Propiedad Intelectual, Subsidios e Incentivos Tributarios. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters Puntotex, 2.010.

CÁDIZ Deleito, José Luis. Las entidades de gestión de los derechos de la propiedad intelectual. En: Economía de la Cultura, Junio-Julio 2001, Número 792. España, 2.001.

CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Bibliotecas, bibliotecas virtuales y acceso a la cultura en el marco de las excepciones al derecho de autor de la Ley 17.336. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Daniel Álvarez Valenzuela. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2.014.

CASTRO, Joaquín y GRUBSIC, Vicente. Un análisis sobre la excepción de reproducciones electrónicas en bibliotecas del artículo 71 K de la Ley 17.336. En:

Revista Chilena de Derecho y Tecnología. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2.014.

CERDA Silva, Alberto. Evolución histórica del Derecho de Autor en América Latina. En: Revista *Ius et Praxis*, Año 22, Nº 1. Talca, Chile. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca, 2016.

CREWS, Kenneth. Estudio sobre las limitaciones y excepciones al derecho de autor en beneficio de bibliotecas y archivos. Ginebra, Suiza. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, 2008.

DE LA MAZA Gazmuri, Íñigo. Propiedad Intelectual, Teorías y Alternativas. En: *Temas Actuales de Propiedad Intelectual – Estudios en Homenaje a la Memoria del Profesor Santiago Larraguibel Zavala*. Coordinado por Marcos Morales Andrade. Segunda Edición. Santiago, Chile. Editorial Abeledo Perrot – Legal Publishing, 2.007.

DUCCI Claro, Carlos. *Derecho Civil Parte General*. Cuarta Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2.005

DURÁN Arenas, Diego Ignacio. Análisis del contrato de edición, en el contexto de los libros digitales: examen de legislación y doctrina nacional y comparada. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía: Santiago Schuster Vergara. Santiago, Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho, 2.016.

FERRARI Prieto, Rodrigo Daniel. *Derecho de Autor en Internet: Publicaciones Electrónicas como Nuevos Soportes de Contenido*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Valparaíso, Chile. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Facultad de Derecho, 2.006.

GERVAIS, Daniel. Collective Management of Copyright: Theory and Practice in the Digital Age. En: Collective Management of Copyright and Related Rights. Editado por Daniel Gervais. Segunda Edición. Alphen aan den Rijn, Holanda. Kluwer Law International, 2010.

GUZMÁN Brito, Alejandro. Los Derechos sobre las Cosas Intelectuales o Producciones del Talento y del Ingenio. En: Estudios Dogmáticos de Derecho Civil. Valparaíso, Chile. Ediciones Universidad de Valparaíso, 2.005.

HERRERA Sierpe, Dina. Propiedad Intelectual - Derechos de Autor. Tercera Edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2.008.

HILTY, Reto. Copyright law and scientific research. En: Copyright Law – A Handbook of Contemporary Research. Cheltenham, Reino Unido. Edward Elgar, 2.007.

JADUE Becker, Karen. El Derecho de Autor en las Bibliotecas y Galerías Virtuales de Internet. En: Revista Chilena de Derecho Informático, Número 4. Santiago, Chile. Universidad de Chile, 2.004.

LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, Argentina. Ediciones UNESCO – CERLALC - ZAVALÍA, 2.005.

PARADELA Areán, Paula. La gestión internacional de los derechos de autor y el derecho antitrust en la unión europea. Proyecto de tesis doctoral para la obtención del título de Doctor en Derecho. Profesor Guía: Doctor Santiago Álvarez González. Santiago de Compostela, España. Universidad de Santiago de Compostela, 2.013.

PRADENAS, Luis. Teatro en Chile: huellas y trayectorias, siglos XVI-XX. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 2.006, p. 230.

RICOLFI, Marco. Individual and collective management of copyright in a digital environment. En: Copyright Law – A Handbook of Contemporary Research. Cheltenham, Reino Unido. Edward Elgar, 2.007.

WALKER Echenique, Elisa. Manual de Propiedad Intelectual. Santiago, Chile. Editorial Thomson Reuters, 2.014.

XALABARDER, Raquel. On-line teaching and copyright: any hopes for an EU harmonized playground?. En: Copyright Law – A Handbook of Contemporary Research. Cheltenham, Reino Unido. Edward Elgar, 2.007.

ZAPATA, Fernando. Los Fundamentos del Derecho de Autor, el Autor como Eje de la Protección. En: Derecho de Autor – Un Desafío para la Creación y el Desarrollo. Santiago, Chile. LOM Ediciones, 2.004.

GUÍAS Y OTRAS PUBLICACIONES INSTITUCIONALES.

Diccionario de la Lengua Española. 23° Edición. Real Academia Española de la Lengua.

Diccionario de la Lengua Española. Edición del Tricentenario. Real Academia Española de la Lengua.

Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971). Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Ginebra, 1978.

Historia de la Ley N° 17.336 - Propiedad Intelectual. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile.

Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile.

Historia de la Ley N° 20.435 - Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual. Artículo 1° N° 8 (introduce artículos 71 I a 71 N). Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos conexos para bibliotecas, archivos y para fines educacionales. Biblioteca del Congreso Nacional. Chile.

La gestión colectiva en el ámbito de la reprografía. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y Federación Internacional de Organizaciones de Gestión de Derechos (IFRRO). 2005.

Gestión de la propiedad intelectual en la industria editorial de libros. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 2008.

Mapeo de las Industrias Creativas en Chile – Caracterización y Dimensionamiento. Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Santiago, 2014.

LEYES, TRATADOS INTERNACIONALES Y OTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS OFICIALES.

Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), correspondientes al Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994.

Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971).

Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT), adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.