



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

**CARACTERIZACIÓN DEL BENEFICIARIO DEL ARTÍCULO 71C
PARA UN EFECTIVO ACCESO A OBRAS INTELECTUALES EN FAVOR DE
PERSONAS CON DISCAPACIDAD.**

Ignacio Quintanilla Molina

Profesor Guía: Santiago Schuster Vergara

**Santiago
2023**

Tabla de contenido

INTRODUCCION GENERAL	3
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN A LOS ASPECTOS GENERALES DE LA EXCEPCIÓN PARA EL ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 71 C	8
1.1. CONTEXTO HISTÓRICO EN EL CUAL SE ESTABLECEN LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR.....	8
1.2. EL ESTADO DE CHILE COMO GARANTE DE LA ACCESIBILIDAD UNIVERSAL.....	10
1.3. SUJETOS ENCARGADOS DE PRODUCIR Y PROVEER VERSIONES ACCESIBLES.....	15
CONCLUSIÓN	15
CAPÍTULO II: ASPECTOS DE LA REGULACIÓN INTERNACIONAL Y DEL DERECHO COMPARADO RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES EN FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD	16
2.1 EFECTOS DE LA ADHESIÓN DE CHILE AL TRATADO DE MARRAKECH.....	16
2.2 CARACTERÍSTICAS DEL MODELO PROPUESTO POR EL TRATADO.	18
2.2.1 Beneficiarios del Tratado de Marrakech.....	19
2.2.2 Análisis Comparativo del Beneficiario del Tratado y el Beneficiario del artículo 71 C.....	21
a) Persona jurídica	21
b) Vínculo directo con los destinatarios que aprovechan de la excepción	21
c) Garantizar el resguardo de los derechos de propiedad intelectual:.....	22
2.3 ANÁLISIS COMPARADO DE LOS SUJETOS AUTORIZADOS POR LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE AUTOR EN FAVOR DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	23
2.2.1. El Sujeto Autorizado en Diversas Legislaciones.....	24
2.2.1.1. Argentina	24
CONCLUSIÓN	31
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LOS ELEMENTOS GENERALES DE LA EXCEPCIÓN DEL ARTÍCULO 71 C	33
3.1 ELEMENTOS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA EL ESTUDIO DE LA EXCEPCIÓN	33
3.1.1. Beneficiario de la Excepción.....	33
3.1.2. Impedimentos que Obstaculizan el Acceso a las Obras	35
3.4.3 Medios y Procedimientos como Herramientas Destinadas a Superar los Impedimentos.....	39
3.4.4 Medios y procedimientos en la excepción	39
3.4.5 Ausencia de Fin Comercial en las Utilizaciones.....	41
3.4.6 Vínculo de la Explotación con el Impedimento	44
CONCLUSIÓN	45
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE LA PRESENCIA DE PCD Y VÍNCULO DE LA EXPLOTACIÓN CON EL IMPEDIMENTO COMO CONDICIONES DEL ARTÍCULO 71 C Y UNA PROPUESTA PARA SU APLICACIÓN	47
4.1. ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES ESENCIALES DE LA EXCEPCIÓN	47
4.1.1 Utilización de Obras Protegidas debe hacerse en beneficio de Personas con Discapacidad.	47
4.1.1.1 Presencia o concurrencia efectiva.....	49
4.1.1.2 Presencia o concurrencia potencial	49
4.1.2 Formas de explotación presentadas por la norma en provecho de personas con discapacidad	50
a) Reproducción.....	50
b) Adaptación.....	51
c) Distribución.....	51
d) Comunicación Pública.....	51
Conclusión	52
4.2 LA UTILIZACIÓN DEBE GUARDAR RELACIÓN CON LA DISCAPACIDAD QUE SE TRATE, USANDO MEDIOS O PROCEDIMIENTOS APROPIADOS PARA SUPERARLA	52
4.2.1 Características del Beneficiario.....	53
4.2.1.1 Existencia de un Vínculo Directo o Indirecto entre el Beneficiario y los Destinatarios	54
4.2.1.2 Capacidad Técnica para la Producción de Versiones Accesibles	54
4.2.1.3 Garantizar el Resguardo de los Derechos de Autor de las Obras Explotadas	55

<i>Conclusión</i>	56
4.2. PROPUESTA DE APLICACIÓN.....	57
4.2.1. <i>Como Herramienta Interpretativa</i>	57
4.2.2. <i>Como Parámetro a Considerar en las Decisiones Judiciales</i>	58
CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN : RESPUESTA AL POSTULADO DE LA TESIS	59
FUENTES CONSULTADAS	61
REFERENCIAS LEGALES	61
ARTÍCULOS, REVISTAS Y BIBLIOGRAFÍA	62

INTRODUCCION GENERAL

En tiempos que no se contaba con elementos que, ayuden a mitigar las carencias sufridas por las personas con discapacidad, (en adelante también como personas en situación de discapacidad o PCD) con una sociedad ignorante de las capacidades y necesidades especiales de estos individuos, como con las que se cuenta actualmente, ya sea legislación, tecnología con un nivel tal que posibilite su autonomía o una sociedad más consciente del aporte que pueden brindar, si se adoptan medidas de inclusión social a este grupo relegado. Enfrentados a esa realidad, se hacía muy difícil o casi imposible que una persona en situación de discapacidad, acceda efectivamente al contenido de las obras intelectuales, viéndose marginado del acceso a la información, a la cultura o a la ciencia.

Esto, evidentemente, significaba la vulneración de derechos básicos que toda república respetuosa de los Derechos Humanos reconoce a todos, como el derecho a la información o el derecho a desarrollarse personalmente.

En parte, se daba por la falta de herramientas tecnológicas o ausencia de mecanismos jurídicos que garanticen el real acceso a la información por parte de las personas en su diversidad, logrando el acceso al material cultural, artístico y científico de manera normal. Prácticamente, la única forma que se tenía para superar el impedimento o acceder, era mediante el auxilio de un tercero que lo asista, haciéndolo totalmente dependiente de esa persona o cercano al momento de intentar observar una obra.

No obstante, gracias al paulatino reconocimiento de derechos como el derecho a la igualdad de oportunidades, vida independiente, accesibilidad universal, el establecimiento de mecanismos que eliminan toda forma de discriminación y los avances en todas las disciplinas, actualmente este grupo de sujetos tiene mayores posibilidades para acceder a la información, a la cultura o las ciencias en igualdad de condiciones frente a otro que no se encuentra en condición de discapacidad.

Es de conocimiento público, cómo gradualmente el mundo y gran parte de los Estados, han tomado conciencia de las necesidades especiales de las personas en situación de discapacidad, cuestión que se ha traducido en la creación de distintos tratados internacionales

y cuerpos legales, que reconocen y garantizan derechos a estas personas, como también el surgimiento de entidades que tienen como fin asistirlos en todo ámbito.

Tal como en Chile, desde el año 1967 opera la “Biblioteca Central para Ciegos (BCC)”, una institución sin fines de lucro encargada de entregar a las personas con discapacidad visual herramientas que faciliten su desarrollo personal y adaptación a la sociedad.¹

Así es como la sociedad organizada en estos cuerpos intermedios cumple sus propios fines específicos, buscando satisfacer diversas necesidades de los grupos a los que apuntan. La labor de estas instituciones es de mucha relevancia, ya que mediante las múltiples actividades que realizan, buscan lograr la igualdad de oportunidades, promover la vida independiente y en definitiva permitir el acceso a la información, la cultura y las ciencias a las PCD, mediante la producción y puesta a disposición de versiones accesibles de obras protegidas.

Además, es innegable cómo durante los últimos años gracias a los fenómenos de la globalización y la economía de libre mercado; la modernización de los sistemas jurídicos que reconocen y garantizan algunos derechos fundamentales como: la igualdad ante la ley, la no discriminación arbitraria, la libertad de crear y difundir las artes y los distintos instrumentos internacionales como, la Convención Internacional Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que obliga a los estados suscriptores a promover, proteger y garantizar el pleno goce de sus derechos humanos e igualdad, ante la ley, han permitido un mayor desarrollo intelectual, material y espiritual de personas en situación de discapacidad, también el acceso a herramientas con gran nivel tecnológico que sin duda ayudan a una mayor autonomía de estas personas, permitiéndoles participar en mejores condiciones, frente a los distintos espacios de una sociedad, con igualdad respecto del resto de los individuos.

El año 2010, se dicta la Ley N° 20.435, que introduce modificaciones a la Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, añadiendo un título con nuevas excepciones y limitaciones al derecho de autor y conexos, dentro de las cuales, se encuentra el artículo 71 C, norma que será el centro de análisis del presente trabajo, que se refiere a la utilización de obras por parte de una persona que es liberada de la obligación de pedir autorización al titular del derecho,

¹ Biblioteca Central para Ciegos. ¿Quiénes somos? [Disponible en línea]
<<https://www.bibliociegos.cl/inicio/quienes-somos/>>

cuando el uso sea en beneficio de personas con discapacidad y siempre y cuando cumpla todos los requisitos que la ley establece.

Con todo, antes del análisis exhaustivo que se realizará en los siguientes capítulos, es indispensable una reproducción íntegra de la norma para una mirada general:

“Artículo 71 C: Es lícito, sin remunerar ni obtener autorización del titular, todo acto de reproducción, adaptación, distribución o comunicación al público, de una obra lícitamente publicada, que se realice en beneficio de personas con discapacidad visual, auditiva, o de otra clase que le impidan el normal acceso a la obra, siempre que dicha utilización guarde relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad y sin fines comerciales.

En los ejemplares se señalará expresamente, la circunstancia de ser realizados bajo la excepción de este artículo y la prohibición de su distribución y puesta a disposición, a cualquier título, de personas que no tengan la respectiva discapacidad”.

Del tenor de la norma, se desprende claramente, la idea de liberar al beneficiario de la obtención de una licencia por parte del autor o titular para la reproducción, transformación, distribución y comunicación pública de una obra en beneficio de personas con discapacidad. Sin embargo, llama la atención el carácter amplio que expresa cuando se dirige a los sujetos de la excepción.

Primero, en cuanto al beneficiario de la excepción; no se refiere derechamente al sujeto que realizará las explotaciones autorizadas bajo esta norma, dejando la puerta abierta para que cualquier persona se beneficie de esta autorización legal. En segundo lugar, respecto a sus destinatarios o beneficiarios de las explotaciones; señalando expresamente a individuos con discapacidad visual, auditiva, o “de otra clase”, dejando nuevamente la puerta abierta, para que cualquier tipo de discapacidad que impida el acceso normal encaje en el precepto.

Respecto a lo anterior, puede juzgarse que no hay problemas interpretativos en relación con su amplia inclusión de los destinatarios finales, el problema puede surgir respecto al carácter abierto de la norma, cuando se refiere al beneficiario que explota las obras.

En este sentido, ¿qué ocurre si el sujeto explotador, realiza una comunicación pública en presencia de personas que no tienen la condición de discapacidad? ¿Cuál es el límite de tolerancia de la norma en este sentido? O ¿Qué ocurriría en el caso en que el explotador

realice la reproducción o transformación de una obra, sin hacer una distribución o comunicación pública a PCD? O cuando una persona distribuye mediante su venta ejemplares accesibles, ¿Se entiende como un acto mercantil? O en el caso de que en contexto de la explotación se recauda dinero, ¿Por el sólo hecho de recibir recursos monetarios implica la existencia de fines comerciales?

Estos casos hipotéticos, llevan a cuestionarse, cuál es el alcance de los usos autorizados, cómo la excepción asegura que las explotaciones son suficientes, para garantizar el acceso efectivo de las versiones accesibles a PCD, o si esos usos autorizados son suficientes para el efectivo acceso del contenido de las obras a PCD, también si la existencia de personas con discapacidad durante la explotación debe ser actual o eventual.

En este sentido, para resolver estas interrogantes se hace necesario construir un modelo estándar que deberá adoptar aquella persona que pretenda realizar usos autorizados por la excepción, que sirva como carta náutica para identificar con facilidad, los posibles problemas en su aplicación y el alcance de lo exigido por la norma.

Las razones anteriormente expuestas, motivan la realización de la presente investigación, a lo largo de la cual se irá descubriendo tanto el sentido de la excepción, como la utilidad que reporta a nuestro ordenamiento jurídico, al funcionar como una herramienta que introduce condiciones mínimas para la accesibilidad universal, que busca la inclusión social de todas las personas.

Para ello, este trabajo se propone lo siguiente: en primer lugar; a modo de introducción, se observarán los fenómenos históricos que envuelven el establecimiento de la Ley N° 17.336, sus posteriores modificaciones y cómo a través de distintos hitos, como la firma de tratados internacionales, se llega a redactar el actual artículo 71 C, señalando, además, la importancia de la existencia de la excepción en nuestra legislación. Luego, se hablará acerca de la utilidad del Tratado de Marrakech y una mirada respecto al modelo de beneficiario que propone su regulación. En seguida, se reproducirá un análisis comparativo, donde se revisarán los distintos modelos de beneficiario que proponen las legislaciones de los países seleccionados, con tradiciones jurídicas y visiones diversas sobre la discapacidad, haciendo un paralelo con la regulación nacional.

Inmediatamente, se identificarán y definirán los elementos fundamentales del artículo 71 C, que permitirán comprender el lenguaje de la excepción, tales como, beneficiario autorizado, discapacidad, medios accesibles, fin comercial, entre otros.

Luego y habiendo despejado todas las ambigüedades o dudas que pudieren surgir en la lectura de la norma, se precisarán las condiciones impuestas por el legislador al beneficiario de la excepción, para extraer de si las características que permitirán definir y construir el modelo que se propone.

Finalmente, se planteará la utilidad de la interpretación y la forma de aplicar la norma de excepción con el modelo propuesto y, finalmente, se expondrán las conclusiones finales, a las que se ha llegado mediante la presente investigación.

CAPÍTULO I: Introducción a los Aspectos Generales de la Excepción para el Análisis del Artículo 71 C

1.1. Contexto Histórico en el Cual se Establecen las Excepciones al Derecho de Autor.

Durante el año 1970, entra en vigencia la Ley N° 17.336, que venía a actualizar la regulación del derecho de autor en Chile, pues en palabras del presidente de la época, era necesario modernizar la legislación nacional, en la materia en vista al desarrollo de las técnicas empleadas en la divulgación de obras intelectuales y por el avance en la regulación internacional.

En el mensaje de proyecto de ley, queda consignado lo siguiente: “El actual desarrollo de la técnica en el mundo y el empleo que de ella se hace en la divulgación de las obras artísticas, literarias y científicas, al crear nuevos sistemas y procesos de divulgación, obliga al Estado a revisar las normas vigentes de protección a los creadores intelectuales y subsanar las lagunas de que adolecen.

El advenimiento de la televisión, de las cintas magnetofónicas y de la comunicación por satélites artificiales, crea problemas nuevos que el legislador no puede ignorar, abandonando a la buena o mala fe de los usuarios la utilización del producto del ingenio de los creadores intelectuales”.²

Sin embargo, impulsado por la necesidad y la inercia del progreso surge un fenómeno mundial denominado, “la globalización”, entendido como un proceso económico, tecnológico, político, social, empresarial y cultural, que repercute en la formación de este nuevo mundo digital. Como resultado de las fuertes demandas impuestas por un nuevo mundo, donde la tecnología avanza a velocidad vertiginosa y donde la masificación de Internet favorece la instantaneidad de la información y la reproducción de numerosas obras protegidas al rededor del globo en un mismo instante, tales como videos, fotografías, canciones, libros, etc.; la firma de importantes tratados de libre comercio y otros que reconocen derechos fundamentales en materia de propiedad intelectual; la expansión de las comunicaciones, el libre mercado y el

² Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, Mensaje de S.E. El Presidente de la República. Fecha 30 de diciembre, 1968. Cuenta en Sesión 20. Legislatura Extraordinaria 1968-1969. P. 4

impulso al desarrollo científico-técnico que se tradujo en la implementación de nueva tecnología y el comienzo de la era digital del siglo XXI.

En Chile, no obstante, la gran utilidad y productividad que aporta el Internet y estas nuevas tecnologías, arrastraron el surgimiento de nuevas infracciones a la propiedad intelectual, provocando grandes perjuicios a los autores y sus titulares.

Es, en este contexto, que en Chile surge en la primera década del presente siglo, la necesidad de modificar la Ley de Propiedad Intelectual de 1970. En concreto, se materializa a través de la Ley N° 20.435, que introduce modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual, donde se añaden las siguientes reformas: por un lado, se intenta introducir una modificación, a las herramientas de protección a los derechos de propiedad intelectual de los autores y titulares, vulnerados principalmente por la piratería; el establecimiento de la regulación de la responsabilidad de las empresas que prestan servicios de Internet por la vulneración a los derechos de autor y conexos, producida por los usuarios de esos servicios por sus redes; y la modificación de las excepciones, estableciendo un nuevo catálogo al derecho de autor y conexos, que viene a corregir y llenar un vacío legal importante que existía con algunas excepciones añejas e insuficientes para la realidad de los nuevos tiempos.

Como bien se sabe, uno de los objetivos que persigue la regulación de la propiedad intelectual, es buscar un balance entre los intereses de los titulares de los derechos de autor y los usuarios de las obras.³ Este equilibrio se logra, primero, mediante el reconocimiento de estos derechos a determinadas personas, para que la utilización sea realizada exclusivamente por su titular o terceros autorizados por este.

En segundo lugar; imponiendo limitaciones a dichos derechos, determinando las condiciones bajo las cuales una creación es digna de ser protegida por el derecho de autor, estableciendo plazos de duración, determinando casos especiales donde un tercero no titular pueda hacer usos de la obra sin atentarse en contra de la explotación normal, evitando provocar perjuicios injustificados al autor. Todo en favor del interés público para facilitar el acceso a la información, la cultura, las artes y las ciencias a la sociedad toda.^{4 5}

³ Schmitz, Christian. (2009). Propiedad intelectual, dominio público y equilibrio de intereses. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 #2, PP. 343 – 367. P. 364 y 365

⁴ Canales L María Paz, y María del Pilar Sofía A. *La regulación de las medidas tecnológicas de protección de los derechos de autor y el dilema del acceso a la cultura: ¿Dónde ubicamos el justo equilibrio?* P. 121

⁵ Villarroel Villalón Luis. *Excepciones al Derecho de Autor en beneficio de Personas en situación de Discapacidad Visual*. P. 6

Dentro del catálogo de estas nuevas excepciones introducidas, tenemos aquella en beneficio de personas con discapacidad, establecida en el artículo 71 C, cuya dictación, si bien vino a suplir una gran necesidad que tenía anteriormente este grupo de personas y las instituciones que los asisten, olvida regular otros aspectos importantes, que en una sociedad digital e interconectada como en la que vivimos son de Perogrullo, tales como, el tráfico transfronterizo de ejemplares de obras intelectuales, situación que considera el Tratado de Marrakech (en adelante TM o simplemente El Tratado), como se verá, y que se hace con el propósito de ampliar el espectro de obras adaptadas a formatos accesibles

1.2. El Estado de Chile como Garante de la Accesibilidad Universal.

Relativamente, nuevas son las legislaciones que reconocen y dan garantías a los derechos de las personas con discapacidad. Es el caso de Chile cuando, por ejemplo, durante el gobierno de Patricio Aylwin, la discapacidad, se toma la agenda pública por primera vez, provocando la dictación de la Ley de Integración Social de las Personas con Discapacidad N° 19.284 el año 1994, que luego es derogada por la Ley N° 20.422 el 10 de febrero del año 2010, cuando esta última entra en vigencia.

La denominada “accesibilidad universal”, es un concepto nuevo que se adopta primero, en instrumentos internacionales, sutilmente por la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, vigente en Chile desde el año 2002. Introduciendo condiciones básicas que permitan instalar en las legislaciones de los Estados suscriptores ideas de vida independiente, diseño universal, accesibilidad universal, concretamente, el primer instrumento internacional que menciona el concepto de forma expresa, es la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, (la “Convención”) luego de ser aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, convirtiéndose en el primer tratado internacional de alcance global del siglo XXI sobre derechos humanos, y en el primer reconocimiento internacional que protege los derechos y dignidad de las personas en situación de discapacidad, sin perjuicio de convenciones regionales anteriores que hacían mención de los derechos humanos de estos individuos.

Posteriormente, a raíz de la ratificación de la Convención, el concepto de “accesibilidad universal”, fue adoptado por la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad.

Chile, no sólo se encuentra obligado a garantizar accesibilidad universal a las personas discapacitadas por la firma y ratificación de ambas convenciones, sino que, además, esta responsabilidad del Estado surge de la misma Constitución Política de la República al señalar en su artículo primero “que todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. Disposición constitucional que es reafirmada al declarar que “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual, debe 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 esta Constitución establece”.

En consecuencia, aun cuando el Estado de Chile no estuviere obligado por la Convención Interamericana ni por la Convención a garantizar condiciones mínimas que eviten la discriminación, vida independiente, diseño universal, accesibilidad universal a las personas con discapacidad, de todas formas el Estado tiene el deber de promover el bien común, creando las condiciones sociales necesarias, para que todos los integrantes de la comunidad nacional logren su mayor realización espiritual y material posible.

Durante el año 2006, se hizo un estudio impulsado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde se demostró que menos de la mitad de los países miembros de la organización, contaban en sus legislaciones con excepciones en favor de personas con discapacidad visual,⁶ mientras que, el resto carecía de dichas excepciones, como lo era Chile hasta ese año. Incluso, la entonces Presidenta de la República Michelle Bachelet Jeria, declaró en el mensaje del proyecto de la Ley N° 20.435 que modificó la Ley N° 17.336, que: “De esta forma, se busca conjugar una adecuada protección de los derechos de autor y conexos, con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto.

Lo anterior, se traduce en la incorporación en este proyecto de ley de un número determinado de limitaciones y excepciones, dentro del marco legal de protección a los derechos de autor y conexos, en beneficio de ciertos sectores de nuestra sociedad”.⁷

⁶ Sullivan Judith. Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades. Comité permanente de derecho de autor y derechos conexos Decimoquinta sesión. Ginebra, 11 a 13 de septiembre de 2006. P. 31 [Para mayor información consulte los cuadros del anexo 2].

⁷. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.435 Modifica la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual. P. 3

Luego, al mencionar las excepciones en favor de personas con discapacidad, declaró: “Enseguida, haciéndose eco de un anhelo histórico de las organizaciones y agrupaciones de discapacitados, para facilitar el acceso a bienes culturales y subsanando una lamentable omisión de nuestra regulación, se establece una excepción en beneficio de discapacitados visuales, auditivos o de otra clase que, sin formatos especiales, no puedan acceder a una obra protegida”.⁸

Con anterioridad, Chile ratificaba la Convención Interamericana el año 2002 y luego el 29 de julio de 2008, se ratifica la Convención que entra en vigencia el 28 de agosto del mismo año, tal cual, lo señala el decreto promulgatorio #201 del Ministerio de Relaciones Exteriores del 25/08/2008, y su protocolo facultativo, hito importante para Chile, ya que ambas convenciones, imponen a los Estados, partes a eliminar todas las medidas que provoquen discriminación, promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar que gocen de plena igualdad ante la ley.

Esto, significa que, desde ese momento, Chile se encuentra obligado a establecer condiciones mínimas de accesibilidad universal, realizando todas las adecuaciones legislativas necesarias para eliminar elementos que constituyan discriminación en perjuicio de las PCD, respetar, promover y garantizar los derechos de igualdad ante la ley, vida independiente, diseño universal, accesibilidad universal, entre otros.

En resumen, la Convención Interamericana ordena a los Estados parte:

1. Adoptar medidas legislativas, sociales, educacionales, laborales y las necesarias para eliminar la discriminación y propiciar su plena inclusión social;
2. Trabajar preferentemente en la prevención de la discapacidad, adoptar medidas que permitan un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad, fomentar campañas educativas dirigidas a la población a fin de eliminar prejuicios, estereotipos y otras actitudes que atentan contra el derecho de estas personas.
3. Cooperar entre los Estados para evitar y eliminar la discriminación, colaborar en investigaciones de rehabilitación e integración social de personas con discapacidad y el desarrollo de medios que busquen la vida independiente.

⁸ Ídem. P. 4

4. Promover la participación de representantes de organizaciones de personas con discapacidad, en la elaboración, ejecución y evaluación de medidas y políticas para aplicar la Convención, establecer canales de comunicación, para poner en conocimiento de estas organizaciones los avances jurídicos, que se logren para la eliminación de la discriminación contra las personas en situación de discapacidad.

Por su parte, la Convención, en su artículo 4, señala como obligaciones de los Estados miembros:

En primer lugar, en su numeral uno letra A, indica que los Estados, deberán adoptar y promover todas las medidas legislativas o administrativas pertinentes, para el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, tales como, la igualdad ante la ley, vida independiente, diseño universal en lugares físicos, servicios, bienes, entre otros. Luego, en su letra F dice: que se deberá promover la investigación y el desarrollo de bienes, servicios, equipo e instalaciones de diseño universal, que requieran el menor costo posible por personas con discapacidad y se promueva su disponibilidad y uso.

Además, en el artículo 30 que reconoce la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte a las personas en condición de discapacidad, señala que, los Estados partes deberán adoptar todas las medidas pertinentes para asegurar que las PCD tengan acceso a material cultural, programas de televisión, películas, teatros y otras actividades culturales en formatos accesibles.

Además, los sujetos en situación de discapacidad, deben tener acceso a lugares, donde se ofrezcan servicios culturales.

También y no menos importante, el numeral 3 del mismo artículo 30 de la Convención, dice que, los Estados deben asegurar la participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte.

3. Los Estados Partes, tomarán todas las medidas pertinentes, de conformidad con el derecho internacional, a fin de asegurar que las leyes de protección de los derechos de propiedad intelectual, no constituyan una barrera excesiva o discriminatoria, para el acceso de las personas con discapacidad a materiales culturales.

En ese sentido, resulta evidente, el deber de sujeción de Chile a los tratados antes mencionados, los que son claros en su mandato dirigido a los Estados firmantes.

Cuestión que se materializa, promoviendo la ejecución de las tareas ordenadas por la regulación internacional, adoptando las medidas necesarias y pertinentes para que se hagan efectivas, en el caso nuestro, se concreta con el impulso de dos proyectos normativos de gran relevancia para las PCD y las instituciones encargadas de asistirlos, en específico la Ley N° 20.422 y la Ley N° 20.435, que modifica la Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336.

Con respecto a la primera, la Ley N° 20.422, que establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, es una norma que reemplaza la legislación anterior, introduciendo a nuestro sistema jurídico, una regulación que apunta a la dirección correcta buscando la igualdad de oportunidades, lo que hace alejarse de regulaciones, que buscan el asistencialismo que solo llevan al victimismo de personas en situación de discapacidad acentuando su impedimento.

Este cuerpo normativo tiene como objetivo, asegurar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, con el fin, de obtener su plena inclusión social, asegurando el disfrute de sus derechos y la eliminación de cualquier forma de discriminación fundada en su discapacidad.

Tiene como principios:

- a) Vida independiente.
- b) Accesibilidad y diseño universal.
- c) Intersectorialidad.
- d) Participación y diálogo social.⁹

Mientras, que por su parte, la Ley N° 20.435, modifica la Ley de Propiedad Intelectual, añadiendo nuevas excepciones, como la del artículo 71 C, que permite que el diseño del soporte de las obras o la protección de los derechos de los autores, no constituyan un obstáculo excesivo para el acceso de las PCD a obras protegidas, pues, sin una excepción que permita determinadas autorizaciones, se debía solicitar una licencia al titular o derechamente realizar explotaciones no autorizadas, para evitar el proceso tedioso que implica obtener una autorización convencional.

⁹ Para mayor información, consulte el manual de la ley #20.422 confeccionado por SENADIS disponible en, <https://www.senadis.gob.cl/download/i/655>

1.3. Sujetos encargados de producir y proveer versiones accesibles.

Dentro del marco del derecho internacional que obliga a Chile a promover una vida independiente de personas con discapacidad, se dictan leyes que promueven medidas orientadas a mejorar la situación y responder de mejor forma a las necesidades de estos individuos. La nueva normativa permitió fortalecer las instituciones estatales encargadas de coordinar, fiscalizar, las iniciativas que se promueven a favor de las PCD, y promover los derechos que les asisten, por nombrar algunos. En este contexto, se reconoce a los privados un rol importante en materia de discapacidad, que les permite participar en el desarrollo de este grupo de la población, no sólo introduciéndolas al campo laboral, si no, que también creando y facilitando herramientas para acceder a la información, las ciencias y la cultura, de diversas formas, una de ellas es la que importa para la presente investigación y se refiere a la posibilidad de explotar obras intelectuales a favor de personas con discapacidad.

CONCLUSIÓN

Durante el presente capítulo, fueron analizados aquellos aspectos que definen el contexto de la excepción, la que se introduce a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley N° 20.435, luego de la firma, de importantes instrumentos internacionales, tales como, la Convención Interamericana y la Convención, la urgencia por adecuar la legislación vigente por la realidad de la época que se vivía y la grave omisión de la LPI chilena respecto de la necesidad de las PCD que no se condecía con la reciente regulación interna y externa.

En concreto, se demostró cómo, la introducción de la excepción en comento se hacía necesario, para eliminar la discriminación que se generaba al estar impedidos de acceder a las obras, o de ser potenciales infractores de la propiedad intelectual, al adecuar una obra a versiones accesibles.

CAPÍTULO II: Aspectos de la Regulación Internacional y del Derecho Comparado Respecto de las Excepciones en Favor de Personas con Discapacidad

2.1 Efectos de la adhesión de Chile al Tratado de Marrakech

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), adhiriendo a la necesidad de garantizar el acceso universal de las personas con discapacidad, promovido por el derecho internacional, en el año 2008 impulsó la creación de un Tratado que pudiera facilitar y asegurar el acceso de las personas ciegas, con discapacidad visual o con dificultades para acceder al texto, a las obras publicadas y a los textos impresos, y con ello, a su participación en la vida cultural y artística a la comunidad de la que forman parte. Este esfuerzo condujo a la suscripción del Tratado Marrakech, junto a algunos Estados y organizaciones internacionales, concluyendo con su firma el 28 de junio del año 2013.

El Tratado, al formar parte del derecho interno de un determinado país, no se limita solo a regular la producción de ejemplares accesibles que puedan ser distribuidos en Chile, sino que asume los aspectos propios de un universo interconectado, donde las fronteras no existen para el tráfico de obras intelectuales, que se manifiesta por el mundo globalizado en que vivimos, que permite la distribución transfronteriza de ejemplares accesibles.

El año 2015, durante el segundo mandato de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, se discute en el Congreso Nacional la ratificación de este tratado, siendo aprobado por unanimidad en el primer y segundo trámite constitucional.

En el informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, que aprueba el TM para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, adoptado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en Marrakech, el 27 de junio de 2013”.

En el curso de la discusión en general y en particular en el Senado, el jefe del Departamento de Propiedad Intelectual de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales del

Ministerio de Relaciones Exteriores, señor Martín Correa, expresó que el mencionado convenio internacional, se enmarca dentro del tema de las excepciones y limitaciones al derecho de autor para discapacitados, bienes educacionales, bibliotecas, museos y archivos, impulsado por Chile, en el seno de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en el año 2004

Mencionó que la novedad del Convenio en análisis es que, no establece nuevos derechos para los autores, intérpretes, artistas y ejecutantes de obras, por lo que representa otro paradigma en la materia, pues pretende equilibrar los intereses de los citados autores y el público que las disfruta.

Destacó que la aprobación del mismo es una señal importante en cuanto al compromiso asumido por nuestro país para mejorar la inclusión social de las personas en situación de discapacidad general y, particularmente, para aquéllas que tengan alguna dificultad para acceder a los textos impresos. Asimismo, indicó que, permitirá un intercambio transfronterizo que beneficiará a los discapacitados, ya que podrán importar obras en formatos especialmente adaptados a sus necesidades, por ejemplo, audio libros, braille; sin que sea requisito previo la autorización de los titulares de los derechos de autor, siempre que sea dentro de la comunidad de países suscriptores de este tratado.

Por otra parte, resaltó que se ampliará el catálogo de obras disponibles para las personas con discapacidad, ya que se configurará una colección internacional de ejemplares elaborados en los indicados países suscriptores, e hizo hincapié en que, en la actualidad, solo un 5% de las obras publicadas en el mundo se encuentra en el formato acondicionado.¹⁰

Tal cual lo expresó el señor Correa durante el estudio del proyecto en la comisión, la introducción del Tratado de Marrakech en nuestro sistema jurídico se hacía necesaria en primer lugar, por el compromiso que ha tomado Chile en mejorar la inclusión social de las personas con discapacidad, dado que la aplicación del Tratado obligaría una modificación en nuestro ordenamiento, lo que a su vez permitiría el intercambio transfronterizo de ejemplares accesibles de obras literarias entre los países suscriptores del mismo y, finalmente, porque

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Informe de la Comisión de relaciones Exteriores, recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, que aprueba el Tratado de Marrakech. Boletín N° 10.272-10

lograría ampliar considerablemente el catálogo de obras disponibles para las personas con una discapacidad que les impida acceder al texto impreso.¹¹

La suscripción del Tratado, significa un complemento y un avance importante en el progreso de nuestro sistema jurídico, al establecer un mandato expreso y directo al Poder Legislativo para modificar la excepción en estudio, con el fin, de que las personas y entidades autorizadas, puedan importar a su país ejemplares accesibles fabricados en otros Estados suscriptores del Tratado, prescindiendo de la solicitud de una autorización de sus autores o titulares, permitiendo así un aumento significativo en el catálogo de obras disponibles en cada país.

Es decir, lo que viene a hacer el Tratado de Marrakech es establecer una orden directa al legislador, para introducir una excepción específica o modificar la existente, cual es el caso del art. 71 C, objeto de esta investigación, para fortalecer la regulación en materia de discapacidad. Esto se enmarca dentro de la agenda que busca establecer estándares mínimos de accesibilidad, mediante adecuaciones razonables, en particular complementar la norma del artículo 71 C, que, a pesar de ser amplia, no considera el intercambio transfronterizo de ejemplares accesibles.

En síntesis, puede decirse que la importancia de introducir la regulación del TM a nuestro ordenamiento jurídico es diversificar, mejorar y modernizar la regulación vigente en materia de discapacidad, ya que el artículo 71 C no contempla la importación y exportación de ejemplares accesibles entre Chile y otros Estados, lo que significa ampliar las posibilidades del acceso a la información, por parte de la población con discapacidad.

2.2 Características del Modelo Propuesto por el Tratado.

A continuación se hará un análisis del modelo explicitado en el Tratado, y luego se verificará su complementariedad con el sujeto autorizado del artículo 71 C de la Ley de Propiedad Intelectual, para luego determinar si el explotador de la excepción en estudio compatibiliza con el modelo del TM.

¹¹ Para mayor comprensión véase la Guía del Tratado de Marrakech elaborado por la Unión Mundial de Ciegos. Disponible en: <http://www.worldblindunion.org/English/our-work/our-priorities/CRPD/WBU%20Guide%20to%20the%20Marrakesh%20Treaty-%20Spanish.docx>

2.2.1 Beneficiarios del Tratado de Marrakech

El Tratado como fue dicho antes, establece una orden al legislador, para introducir al ordenamiento jurídico la excepción propuesta en su texto, que se aleja del tenor del artículo 71 C, que es una excepción de carácter abierta y general en todo el ámbito de las incapacidades, y no solo las de carácter visual como lo hace el Tratado.

El Tratado acota su alcance que sólo beneficia a personas ciegas o con otra dificultad que le impida el acceso normal al texto impreso y restringe la explotación sólo a obras literarias. Adicionalmente, introduce al ordenamiento jurídico chileno, la posibilidad del intercambio transfronterizo de ejemplares accesibles. En el mismo sentido, lo advierte, el señor Villarroel Villalón.¹²

El TM, a diferencia de la regulación chilena, define en su artículo 2 letra C a las entidades que podrán producir o importar ejemplares accesibles, señalando lo siguiente:

“Artículo 2. Definiciones a los efectos del presente Tratado:

c) Por "entidad autorizada" se entenderá toda entidad autorizada o reconocida por el gobierno para proporcionar sin ánimo de lucro a los beneficiarios, educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información.

Se entenderá también toda institución gubernamental u organización sin ánimo de lucro que proporcione los mismos servicios a los beneficiarios, como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales. Una entidad autorizada establecerá sus propias prácticas y las aplicará:

i) a fin de determinar que las personas a las que sirve sean beneficiarios.

ii) a fin de limitar a los beneficiarios y/o a las entidades autorizadas la distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible.

iii) a fin de desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares no autorizados y;

iv) a fin de ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras, y mantener registros de dicho uso, respetando la intimidad de los beneficiarios de conformidad con el artículo 8”.

¹² Véase el capítulo IV, apartados 3.1, 3.2.1 y 3.2.2. P. 22 y siguientes

Por lo cual, según su tenor literal, los sujetos que pueden calificar como beneficiarios serían los que, se configuren como:

- a) Personas jurídicas: según lo que propone el TM, serían sólo aquellas autorizadas o reconocidas por el gobierno, o una institución gubernamental u organización sin fines de lucro. Dejando entrever que se debiera autorizar exclusivamente a personas ficticias.
- b) Instituciones que mantengan vínculos directos con PCD: el sujeto autorizado, debe garantizar que las personas a las que sirve, sean efectivamente los destinatarios finales, para lo cual, se deberá procurar realizar la distribución y puesta a disposición de los ejemplares accesibles sólo a los destinatarios, esta característica del modelo propuesto, se extrae de la norma cuando pide que las entidades autorizadas, deberán ser instituciones que realicen actividades como servicios de educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información a PCD, donde las instituciones autorizadas o reconocidas por el Estado, se les exige hacerlo sin fines de lucro, y a las instituciones gubernamentales y organizaciones sin fines comerciales que dichas actividades sean principales u obligaciones institucionales.
- c) Instituciones que garanticen el debido resguardo a los derechos de propiedad intelectual: puede deducirse dado que, el Tratado exige tomar medidas necesarias para desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares no autorizados y Ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras.

Según este análisis, el modelo propuesto por el TM, considera un amplio espectro dentro del cual caben diversos sujetos, pudiendo calificar como tal, colegios, bibliotecas, instituciones públicas o privadas, con o sin fines de lucro. Asimismo lo explica la guía del Tratado de Marrakech de la Unión Mundial de Ciegos, cuando se refiere a los sujetos beneficiarios, concluyendo: “Esta interpretación del Artículo 2(c), refleja la diversidad de entidades autorizadas incluidas en el TM y la práctica imposibilidad de imponer un estándar universal”.¹³

También es reconocido por Villarroel Villalón, al afirmar que podría ser una entidad comercial: “Dentro de la categoría de las entidades indicadas en la letra a) (instituciones

¹³ Unión Mundial de Ciegos. Guía del Tratado de Marrakech. P. 45

autorizadas o reconocidas por el gobierno, e instituciones gubernamentales u organizaciones sin fines de lucro) podría incluirse una entidad comercial, en la medida que la actividad misma se realice sin ánimo de lucro”.¹⁴

2.2.2 Análisis Comparativo del Beneficiario del Tratado y el Beneficiario del artículo 71 C

Debido, a que la norma del artículo 71 C presenta un alcance amplio, las características para el sujeto autorizado que propone el Tratado se consideran también en la excepción. A continuación, se reproducirá un esquema que compara ambos modelos mencionando cada una de sus características.

Lo que llama la atención de la excepción de la Ley de Propiedad Intelectual es que señala solo las condiciones bajo las cuales se debe actuar para beneficiarse de ella, omitiendo definir un sujeto específico o a lo menos de forma escueta, como lo hacen otras legislaciones o como lo presenta el Tratado, tomando una postura neutra al omitir en su declaración una definición.

Para hacer este cotejo es necesario tener en mente las características del modelo ofrecido por el TM y que fueron aludidas con anterioridad. A modo de recordatorio, son: presentar personalidad jurídica, mantener un vínculo directo con PCD y garantizar el resguardo de los derechos de propiedad intelectual.

a) Persona jurídica

En relación a esta característica no hay mucho que comentar, pues el artículo 71 C omite referirse al beneficiario, cuestión que permite entender que la norma admite todo tipo de persona o institución, siendo en este punto más amplio que lo propuesto por el Tratado que admite como beneficiarios sólo a entidades.

b) Vínculo directo con los destinatarios que aprovechan de la excepción

El Tratado propone un modelo que exige lo siguiente:

¹⁴ Villarroel Villalón Luis. Excepciones al Derecho de Autor en beneficio de Personas en situación de Discapacidad Visual. P. 22

I) la persona a las que sirve la excepción debe ser efectivamente PCD;

II) sólo los destinatarios finales la distribución y puesta a disposición de ejemplares en formato accesible, legitiman la autorización concedida al beneficiario.

De igual forma, el artículo 71 C, pide requisitos equivalentes a los del Tratado, como cuando indica que la explotación se haga en beneficio de personas con discapacidad y que dicha utilización guarde relación con la discapacidad que se trate.

Ambos requisitos aseguran que los destinatarios sean efectivamente individuos con discapacidad, y que la utilización se realice con medios y procedimientos suficientes para superar la discapacidad que se trate.

Aquí ambos modelos coinciden, pues los dos buscan que el beneficiario, logre establecer un vínculo con los usuarios de los ejemplares accesibles.

c) Garantizar el resguardo de los derechos de propiedad intelectual:

Adicionalmente, el modelo que propone el Tratado, exige que se adopten medidas para desalentar la reproducción, distribución y puesta a disposición de ejemplares no autorizados, y ejercer la diligencia debida en el uso de los ejemplares de las obras. Con este fin el Tratado da órdenes generales señalando los fines que se deben perseguir y no la forma de alcanzarlos, a diferencia del artículo 71 C que entrega un mandato con una orden clara y específica para desalentar actos infractores en contra de derechos de autor.

Finalmente, puede afirmarse que en la eventualidad de que el legislador chileno, tome la iniciativa para modificar el artículo 71 C o incorporar una mención aparte en virtud a lo presentado por el TM, sin duda el modelo de la nueva excepción será más restringido que el de la excepción en estudio, en consideración a lo antes expuesto. Esto es, por la simple razón de que las características propuestas por el Tratado son mencionadas de forma expresa en el texto, ahora, puede argumentarse que, sin perjuicio de lo anterior, intentan ser abiertas para incluir una mayor cantidad de sujetos, el problema es que no van dirigidas al explotador, sino más bien, son un mandato al poder legislativo de cada Estado suscriptor, a fin de tener espacio para configurar el beneficiario a discreción.

2.3 Análisis Comparado de los Sujetos Autorizados por las Excepciones al Derecho de Autor en Favor de Personas con Discapacidad

Antes de abordar al estudio del beneficiario de la norma del 71 C, es necesario observar cómo otras legislaciones configuran al sujeto autorizado de sus excepciones, con el fin de formarse una visión global, sobre las características que suele atribuirse al explotador autorizado con sus diversas tradiciones jurídicas y, por supuesto, según las diversas formas de tratar la discapacidad.

Para este análisis, se han considerado tres países americanos, uno oceánico y cuatro europeos. En el orden que se presentan: Argentina, Perú, Chile, España, Alemania, Suecia, Reino Unido y Australia

Una primera observación es que dentro de los países estudiados Chile, Argentina, Perú y España adoptan una visión médica o biológica respecto de la discapacidad, colocando el impedimento en una deficiencia física del individuo que la padece; mientras que Australia, Suecia, Alemania y el Reino Unido toman una postura social, colocando el impedimento en el diseño, es decir, en un obstáculo que está constituido por las barreras del entorno.

Cabe señalar, que estas tendencias muchas veces no son puras en cada Estado que las adopta, es el caso nuestro, dado que en un principio se recogió el “Modelo Social”, que se refleja en la Ley 20.422, modificaciones posteriores y nuevas normas dictadas nos hizo rotar hacia el “Modelo Médico” tal como lo aborda la excepción en estudio, o el caso de Suecia, donde si bien su legislación general adopta la concepción social, su LPI se aleja de ella recogiendo la postura contraria. También, como es de público conocimiento, el progreso logrado por algunas naciones por sobre otras de menor desarrollo, ha influido en la promoción del acceso universal, aunque Latinoamérica no ha estado totalmente ajena de las demandas del presente siglo, cuestión que ha sido reflejada en la firma de importantes tratados internacionales, como cuando se concreta la firma de la Convención, que fue firmada y ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica y Chile, entre otros.

En los siguientes párrafos, se realizará un estudio comparado sobre los modelos del sujeto autorizado, que presentan las excepciones al derecho de autor contenidas en legislaciones de diversas tradiciones jurídicas y distintos enfoques en materia de discapacidad, con el objeto

de tener una visión universal acerca de las características que los legisladores suelen asignar para configurar los modelos analizados.

2.2.1. El Sujeto Autorizado en Diversas Legislaciones

El beneficiario de las excepciones admitidas en favor de PCD es quien se encuentra autorizado para realizar la explotación de una obra intelectual, cuyo efecto es superar uno o más obstáculos que “*impidan el normal acceso a la obra*”(art. 71 C).

Este concepto tiene diversos énfasis en el derecho comparado, no obstante persistir la característica común de la presencia del vínculo con PCD, como se observará en el examen de las legislaciones seleccionadas.

2.2.1.1. Argentina

En Argentina, el cuerpo normativo que regula la propiedad intelectual corresponde a la Ley N° 11.723 de Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, sancionada el año 1933 y publicada en el boletín oficial el día 30 de septiembre del mismo año, y que ha sufrido desde su entrada en vigencia múltiples modificaciones, como lo fue la modificación hecha por la Ley N° 26.285 el 13 de septiembre de 2007, cuando se publica en el boletín oficial, que introduce a la Ley de Propiedad Intelectual del país trasandino una excepción a favor de personas con discapacidad.

Recientemente, vuelve a ser modificada por la Ley N° 27.588 el 16 de diciembre de 2020, que responde a lo propuesto por el TM mejorando la norma de excepción que se tenía desde el año 2007. En particular, la norma permite que una persona con discapacidad, o bien otro a su nombre, realicen la reproducción de una obra, también que entidades autorizadas realicen la reproducción o distribución de obras protegidas a favor de PCD, liberándose del pago al titular.

La excepción establecida por la Ley N° 27.588, se puede encontrar en el artículo 36 bis al 36 quinquies, de la Ley de Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, que presenta el siguiente modelo que debe adoptar el sujeto que pretenda realizar explotaciones bajo la franquicia:

- a) Presentarse como una entidad técnica: La norma ordena que la entidad autorizada realice las utilidades mediante formatos accesibles que dé a los beneficiarios acceso a la obra, siendo dicho acceso tan viable y cómodo como el de las personas sin

discapacidad. De lo que se colige, que el sujeto beneficiario deberá poseer conocimientos técnicos para lograr que el individuo acceda efectivamente.

- b) Mantener un vínculo directo con PCD que le impida acceder convencionalmente a las obras: Se desprende del deber de asistir o proporcionar educación, formación pedagógica, lectura adaptada o acceso a la información como una de sus actividades principales u obligaciones institucionales. También, cuando el artículo 36 quinquies, advierte que los ejemplares en formatos accesibles, deben ser destinados exclusivamente a personas en situación de discapacidad.
- c) Presentar personalidad jurídica: Cuando la norma ordena configurarse sólo como un organismo estatal o una asociación sin fines de lucro reconocida por el Estado nacional, denota el propósito del legislador para impulsar a los explotadores a configurarse de esa manera.
- d) Presentar actitud protectora respecto de los derechos de autor: Por una parte, el artículo 36 quáter, ordena a las entidades autorizadas a ingresar a un registro público. Además, estas entidades están obligadas a informar de la explotación de las obras bajo la excepción, creando así un repertorio nacional de ejemplares accesibles.

Por otro lado, el artículo 36 bis indica que, al realizar las utilidades, en el ejemplar accesible deberá constar la individualización del beneficiario, la fecha de la publicación original, individualización del titular de los derechos de la obra explotada y la advertencia de sanciones penales en caso de usos indebidos, órdenes que apuntan a que el eventual explotador esté dispuesto a realizar esas acciones.

2.2.1.2. Perú

La Ley sobre el Derecho de Autor del Perú, Decreto Legislativo N° 822, en su artículo 43 letra G cobija la norma de excepción a favor del PCD, específicamente a favor de personas con discapacidad visual, la que, debido a su escueta mención, no presenta un modelo claro que permita definir las características de su beneficiario. Aun así, las características que pueden identificarse son las siguientes:

- a) Una persona con capacidad técnica: Desprendiéndose de la idea de ordenar al sujeto que la reproducción debe efectuarse mediante sistema braille u otro procedimiento específico.
- b) Presentar un vínculo directo o indirecto con PCD: Se entiende así, dado que la utilización, sólo debe ir en beneficio de personas con discapacidad visual, es decir, el

explotador deberá procurar que las copias efectivamente sean puestas en manos de individuos ciegos, estando obligado a crear ese vínculo para cumplir el propósito.

2.2.1.3. Chile

Como fue adelantado en la introducción de este trabajo, la excepción en estudio no expresa menciones directas al sujeto que realiza los actos autorizados, si no que, se limita a indicar las condiciones bajo las cuales debe ejecutarse dicha explotación. De todas formas, puede extraerse el modelo que busca el legislador, pudiendo identificar las siguientes características:

- a) Una persona que presente vínculos directos o indirectos con PCD: Dado que el artículo ordena que la explotación deberá ir en beneficio de personas con discapacidad visual, auditiva o de otra clase que le impida el normal acceso a la obra.
- b) Un sujeto con capacidad técnica: Ya que se señala claramente que la utilización debe guardar relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad que constituye el impedimento para acceder, entendiéndose que el sujeto autorizado tendrá que poseer conocimientos suficientes y herramientas necesarias para la producción de copias accesibles que satisfagan la exigencia del legislador.
- c) Actitud protectora de los derechos de autor: Ya que la norma es clara en ordenar al productor de ejemplares accesibles, tomar acciones que estimulen la omisión de conductas vulneradoras a la propiedad intelectual, debiendo explicitar en dichos ejemplares haber sido producidos bajo la excepción y la prohibición de puesta a disposición a personas que no califican como destinatarios finales.

Estos elementos serán explicados y analizados con mayor detención en los capítulos siguientes.

2.2.1.4. España

En España toda la regulación del derecho de autor está reunida en el Código de Propiedad Intelectual, el cual, contiene la Ley de Propiedad Intelectual española aprobada y refundida por el Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril, que hasta ahora sigue vigente. La Ley de Propiedad Intelectual española en su Libro I, Título III, Capítulo II, contiene una excepción

en favor de personas con discapacidad en su artículo 31 ter, con una amplia regulación que propone las siguientes características para su beneficiario:

- a) Personalidad jurídica: Cuando el artículo define al sujeto beneficiario lo califica como entidad, lo que permite suponer de acuerdo a su sentido natural y obvio, que la naturaleza del beneficiario sería la de una persona jurídica.
- b) Mantener un vínculo con PCD: La excepción pide que la entidad logre establecer un vínculo directo o indirecto, con los destinatarios de los ejemplares accesibles, motivo por el cual requiere que los beneficiarios sean instituciones que proporcionan servicios como el de educación a discapacitados. También se exige que el resultado de la utilización vaya en beneficio exclusivo de estas personas, adicionalmente permite ir en beneficio de otras entidades que asisten a estos individuos.
- c) Presentar capacidad técnica: Además, la norma pide, que la entidad realice estas explotaciones a través de medios y procedimientos adaptados, lo que significa un despliegue personal y material de carácter técnico por parte del beneficiario, para obtener como resultado final un ejemplar accesible que posibilite efectivamente el acceso a las obras.
- d) Actitud protectora de los derechos de propiedad intelectual: La excepción ordena que la entidad beneficiaria realice distintos actos tendientes a la protección de los derechos de autor, como cuando manda a que se gestione con la diligencia debida las obras y los ejemplares accesibles y a mantener un registro de esa gestión.

2.2.1.5. Alemania

En el país germano la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos de 2021 (Urheberrechtsgesetz vom), en su sección 45 A, a la sección 45 C regulan la excepción a favor de PCD, norma que define claramente a su beneficiario, pudiendo desprenderse con facilidad las características del sujeto autorizado que se enumeran a continuación:

- a) Persona jurídica: Se entiende así dado que en la norma se emplea el vocablo “entidad”, además que en la sección 45 C numeral 3, define claramente al beneficiario entendiéndose que tal es un establecimiento que proporciona lectura, educación o acceso a la información sin ánimo de lucro a personas con discapacidad visual o con dificultad para leer. Esto es sin perjuicio de que se le permite a la misma persona con discapacidad realizar las explotaciones para su uso exclusivo.

- b) Que presente un vínculo directo con PCD: Esto se entiende así porque la propia sección 45 C, cuando define entidad autorizada declara: “Entidad autorizada, significa cualquier establecimiento que proporcione educación o lectura accesible o acceso a la información sin ánimo de lucro a personas con discapacidad visual o dificultad para leer”, es decir, el legislador exige al explotador presentar este vínculo, así se asegura que la utilización de las obras sean usadas efectivamente por personas con discapacidad.

2.2.1.6. Suecia

Suecia cuenta con la Ley 1960:729 Sobre Derechos de Autor de Obras Literarias y Artísticas (Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk), dentro de la cual, se encuentran las secciones 17 a la sección 17 F que regulan la excepción a favor de PCD.

Este completo estatuto, define de forma clara su beneficiario, pudiendo destacar las siguientes características:

- a) Persona jurídica: Se entiende así dado que se emplea la voz “organismo” cuando la norma se dirige al sujeto autorizado, concepto que permite entender que se está hablando de una persona ficticia.
- b) Sujeto que presente un vínculo directo con PCD: En este sentido la norma se refiere de forma reiterada, cuando define al beneficiario en la sección 17 A señalando: “autoridad encargada de proporcionar educación, lectura adaptada o acceso a la información para personas con discapacidades visuales o de lectura”, también cuando la sección 17 E, permite que las bibliotecas y organizaciones que trabajen para la participación de las personas con discapacidad puedan realizar las utilidades que la excepción permite.

Claramente el legislador pretende autorizar sólo a sujetos que mantienen vínculos con PCD, ya sea, porque les proporciona educación, acceso a la información o que se dediquen a la inclusión social de estos individuos.

2.2.1.7. Reino Unido

La Ley de Derechos de Autor, Diseños y Patentes (Copyright, Designs and Patents Act) de 1988 del Reino Unido, regula en su artículo 32 B una excepción en beneficio de PCD, a partir de la cual pueden distinguirse las siguientes características de su beneficiario:

- a) Personalidad jurídica: Se infiere de la norma ya que como también lo hacen las excepciones anteriores, cada vez que se dirige a su beneficiario se utiliza la fórmula “organismo autorizado”, frase que permite entender que se trata de una personalidad ficticia.
- b) Persona que presente vínculo con PCD: En este caso la norma se cuida de definir al beneficiario como lo hacen Argentina, España, Alemania y Suecia. Sólo se limita a indicar que las utilidades deben ir en beneficio exclusivo de PCD, lo que hace suponer que deberá existir algún tipo de vínculo, ya sea directo o indirecto. Esto es afirmado cuando la excepción obliga al beneficiario a tomar medidas apropiadas para desalentar la reproducción, distribución, comunicación al público o puesta a disposición del público no autorizado.
- c) Presentar actitud protectora de los derechos de autor: Dado que la norma menciona en reiteradas ocasiones el resguardo de los derechos de autor, cuando sólo pueden ser objeto de las explotaciones las obras legalmente publicadas, o cuando ordena que las utilidades no vulneren estos derechos, incluso cuando manda a desplegar el debido cuidado en la manipulación de obras y copias accesibles manteniéndolas en un registro especial.

2.2.1.8. Australia

En el país oceánico, la Ley de Derechos de Autor de 1968 (Copyright Act) contempla una excepción para PCD en las secciones 113 E y 113 F, presentando una regulación minimalista en comparación a otras, como la española o sueca.

A partir de su texto pueden señalarse las siguientes características del sujeto autorizado:

- a) Personalidad jurídica: Una vez más al igual que la mayoría de las excepciones estudiadas en este capítulo, se considera al beneficiario de esta manera porque el legislador usa el vocablo “organización” que da cuenta o permite entender que se trata de una persona ficticia.
- b) Presentar un vínculo directo con PCD: Se entiende así ya que la sección 113 F, alude a organizaciones que ayudan a PCD o que las asistan, excluyendo entonces a aquellos que no presentan ese vínculo.
- c) Presentar capacidad técnica: Se extrae de la excepción dado que la misma sección 113 F indica que los usos deben realizarse con formatos que la persona o personas requieren debido a la discapacidad, esto supone el empleo de tecnología y

conocimientos especiales para la producción de copias aptas para superar el impedimento de que se trate.

Las legislaciones seleccionadas en esta investigación demuestran que, a pesar de provenir de tradiciones jurídicas diversas o adoptar distintas posturas frente a la discapacidad, todas las excepciones revisadas coinciden en que el beneficiario debe mantener un vínculo con PCD, aunque cada una lo establece en formas distintas. Por un lado, algunas regulaciones no definen al explotador y sólo hacen menciones a la exclusividad de los destinatarios finales, como es el caso de Chile, Perú y el Reino Unido; y están también aquellas excepciones que definen derechamente a los potenciales beneficiarios indicando como candidatos a las bibliotecas o instituciones que presten servicios de educación o acceso a la información a PCD, estos son los casos de Argentina, España, Alemania, Suecia y Australia.

La realidad es que no existen diferencias sustanciales en cuanto a la configuración del beneficiario que caractericen una u otra postura frente a la discapacidad. Estas se manifiestan con mayor claridad al momento de determinar el obstáculo que impide el acceso. Por ejemplo, la excepción argentina que se inclina por el Modelo Médico, declara que *“se exime del pago de derechos de autor la reproducción, distribución y puesta a disposición del público de obras en formatos accesibles para personas ciegas y personas con otras ‘discapacidades sensoriales que impidan el acceso convencional a la obra’”*. En el mismo sentido lo presentan las excepciones de Chile, Suecia y España.

Los casos de Perú y el Reino Unido no hacen referencia al impedimento de acceso, a diferencia de Alemania y Australia que aluden a los elementos impeditivos, apuntando al soporte o material en que se sujeta o descansa la obra. La excepción alemana declara que se podrán realizar las explotaciones cuando debido a la discapacidad, no se puede acceder o es más difícil el acceso por los medios disponibles para la percepción sensorial, lo que revela la tendencia hacia el concepto social de discapacidad, fijando el impedimento en los medios que permiten la percepción sensorial y no en la deficiencia de la persona. La regla australiana aborda la cuestión desde la perspectiva de los usos justos, señalando que para aceptar tales usos deberá considerarse la naturaleza del material de la obra, apuntando a la idea de que se permitirá la explotación cuando dada la naturaleza del soporte es imposible acceder al contenido.

Como mirada general, los países que deciden incorporar una excepción en favor de PCD, independientemente si se trata de aquellos que toman la concepción Médica o aquellos que se inclinan por la Social, todos ellos configuran el perfil del beneficiario con las características que pueden resumirse en estos términos: Concorre un sujeto con personalidad jurídica, con capacidad técnica, que presenta un vínculo con PCD. Esta configuración podría tomarse como modelo universal ya que reúne todos los caracteres que garantizan el derecho del acceso a la información, la igualdad ante la ley y, al mismo tiempo, los derechos de los titulares de las obras explotadas junto a estándares mínimos de inclusión social. Si se cumple con estos estándares puede considerarse que la excepción es adecuada y razonable para el fin que persigue.

CONCLUSIÓN

Según lo visto en el presente capítulo, queda de manifiesto que la regulación del Tratado de Marrakech complementa la regulación nacional, Dese esa perspectiva, si el legislador chileno tomara la iniciativa de modificar el artículo 71 C o de redactar otra norma incluyendo en la ley la excepción en los términos expresados en el instrumento internacional, podría ampliarse el catálogo de ejemplares accesibles disponibles para ser consultados por personas con discapacidad visual u otras que no pueden acceder a textos impresos. En particular, porque el Tratado contempla la posibilidad de transferencia de ejemplares de un Estado a otro sin solicitar autorización a los titulares.

También fue estudiado el tipo de beneficiario que propone el TM para ser configurado por los legisladores que decidan incorporar en sus excepciones esa regulación, descubriendo que si bien es altamente regulado aun así contempla una gama de personas candidatas a ser beneficiarias de la excepción, fórmula que se explica por estar dirigida a los legisladores para que sin grandes restricciones tracen el perfil del explotador, evitando una regulación muy restrictiva que reduciría el espacio necesario para adecuarla a la realidad de cada país.

Asimismo, frente a este análisis, queda demostrado que la característica común que comparten todos los modelos de beneficiario, es la presencia del vínculo con PCD, característica esencial para la excepción, dado que es el elemento que garantiza el acceso al contenido de las obras por personas con discapacidad, gracias al resultado de los actos

autorizados por la excepción, y que resultan en la producción de ejemplares accesibles, adecuados para superar el impedimento.

De esta manera se aprecia que, a pesar de adoptar diferentes posturas frente a la discapacidad y considerando tradiciones jurídicas diversas, el modelo para definir el explotador beneficiario no varía en el derecho comprado. La diferencia notable entre las distintas legislaciones que siguen diferentes concepciones de discapacidad, se refleja en la determinación del impedimento como elemento justificativo para establecer la excepción. Por una parte, los estados que toman el Concepto Médico de discapacidad, suelen ubicar el impedimento en la persona, es decir, el obstáculo es la discapacidad como una deficiencia que impide acceder, tal como lo recogen Argentina, Chile, Suecia y España; mientras que aquellos que toman el Concepto Social suelen distinguir el impedimento en el entorno, esto es ubicar la barrera en el material o forma de comunicar el contenido de la obra, como lo hacen Alemania y Australia.

Así las cosas, en función a lo revelado por el estudio, más allá de las diversas posturas sobre la discapacidad, se determinó como modelo común o universal la descripción del perfil del sujeto autorizado como una persona jurídica, sin ánimo de lucro en la explotación, con capacidad técnica y vinculada ya sea directa o indirectamente con PCD.

CAPÍTULO III: Análisis de los Elementos Generales de la Excepción del Artículo 71 C

3.1 Elementos que se Deben Considerar para el Estudio de la Excepción

Antes de abordar la caracterización del beneficiario de la excepción del artículo 71 C, ya planteada en la parte introductoria de esta investigación, es necesario determinar el significado y alcance de los siguientes elementos:

- A. Beneficiario de la excepción;
- B. Impedimentos que obstaculizan el acceso a las obras;
- C. Discapacidad y persona con discapacidad;
- D. Medios y procedimientos accesibles;
- E. Fin comercial en contexto de la excepción;
- F. Vínculo entre la explotación y la discapacidad que se trate.

Estos elementos básicos son útiles para descifrar el alcance de la excepción y ayudará al lector a comprender el sentido genuino de la norma y con ello arribar a la caracterización que se ha propuesto este estudio.

3.1.1. Beneficiario de la Excepción

La Ley de Propiedad Intelectual en su artículo primero declara, que se protegerán los derechos de autor por el solo hecho de su creación. Luego el artículo 18 concede a los titulares del derecho de autor y a los que estuvieren expresamente autorizados por él, a llevar a cabo las utilidades de las obras, en las formas señaladas por la misma norma.

Luego el artículo 19 establece la regla de prohibición general : “Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor”.

En ese sentido, la única vía que permite hacer uso legítimo de una obra protegida por parte de un tercero es la autorización convencional, y en ausencia de ésta la autorización legal contenida en una excepción. La doctrina ha identificado diversas formas mediante las cuales un tercero pueda explotar la obra, una licencia donde el titular voluntariamente otorga autorizaciones de explotación bajo ciertas condiciones, o por una cesión de derechos, en virtud

de la cual se transfieren los derechos al cesionario¹⁵, incluso, se ha entendido que el propio legislador puede establecer autorizaciones generales¹⁶¹⁷.

Un ejemplo de ellas, es la excepción objeto del presente trabajo. Ricketson distingue tres categorías en las que puede clasificarse una excepción: en primer lugar, aquellas disposiciones que pretenden excluir de la protección determinadas obras o materiales; en segundo, lugar aquellas que conceden inmunidad en las utilidades bajo ciertas circunstancias, denominándoles “utilidades permitidas”; y aquellas disposiciones que permiten determinadas explotaciones previo pago al titular (licencias obligatorias).¹⁸

A la segunda categoría de autorizaciones pertenece el artículo 71 C que permite a su beneficiario liberarse de la obtención de una autorización convencional para hacer uso de las obras mediante los actos permitidos bajo las condiciones ahí señaladas, caracterizándose como una norma permisiva.¹⁹

El beneficiario de una excepción, a menudo suele confundirse con el destinatario final (aquel que se beneficia de la explotación) pues bajo una mirada superficial de la disposición quien se beneficia es el grupo de usuarios de las obras. Sin embargo, esa afirmación resulta incorrecta, ya que, con un estudio más profundo puede identificarse con facilidad que son dos sujetos perfectamente diferenciados que resultan involucrados en la regla de excepción.. Por una parte, el beneficiario que es el tercero que realiza las utilidades y por otra el destinatario que se beneficia del resultado de esas utilidades, las que podrán consistir en obras derivadas, producto de una transformación o ejemplares accesibles producto de una reproducción.

En consecuencia, se puede afirmar que los beneficiarios de la excepción serían los autorizados para crear y proveer versiones accesibles que permitan el acceso normal a personas que, dado un impedimento, no pueden percibir el contenido de las obras. Así las cosas, se pueden distinguir dos sujetos. Por un lado el beneficiario que hará uso de la

¹⁵ Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 2016. Principios Básicos del Derecho de Autor y Conexos. Segunda edición. Ginebra. P. 19 y 20.

¹⁶ Ídem. P. 14 y 15.

¹⁷ Sam Ricketson. Estudio Sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital. Ginebra comité permanente de derecho de autor y derechos conexos, novena sesión. Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003. P. 3 y 4

¹⁸ Ídem. P. 3 y 4

¹⁹ Schuster, Santiago. Las Excepciones al Derecho de Autor como Normas Permisivas. Una Revisión Crítica del Derecho de Usuario en el Sistema Normativo de Derecho de Autor. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 192-194

excepción, y por otra, el destinatario final que aprovechará a su vez del uso que hace el beneficiario de la excepción.²⁰²¹

Ahora, si bien con un examen minucioso pueden identificarse claramente ambos sujetos, la excepción no hace mención expresa del beneficiario, cuestión que resulta curioso en el caso de Chile dado que en regulaciones extranjeras, como se ha dicho, existe una mención expresa, incluso definiendo con exactitud sus características. En este sentido, la excepción es de carácter abierto, tomando una postura neutral, lo que hace suponer que una gran cantidad de personas puede calificar como sujeto que realice los actos autorizados.

En el caso de su destinatario final, si bien se menciona expresamente, presenta un trato cuidadoso evitando caer en definiciones cerradas, lo que significa una perspectiva amplia en cuanto a las personas en situación de discapacidad, llegando a la misma conclusión respecto de quien aprovecha del producto de la excepción, es decir que muchas PCD podrán calificar como destinatarios de los ejemplares accesibles.

3.1.2. Impedimentos que Obstaculizan el Acceso a las Obras

Cuando un individuo decide manifestar una determinada idea, mediante una forma de expresión particular, es generalmente preciso que sea fijada en un soporte, para ser percibida por el público. La obra puede ser literaria, y estará fijada en un libro a fin de que las personas accedan a su contenido, sin embargo, no todas las personas pueden acceder normalmente a la obra dada la existencia de un obstáculo en los canales de percepción del contenido de una obra, o bien por la imposibilidad del usuario al observarla.

Básicamente existen dos fórmulas para identificar el impedimento que pudiere estar obstaculizando el acceso al contenido de una obra a determinadas personas. Por un lado, considerar que el impedimento está en el material que permite la comunicación del contenido de una obra y por otro, ubicar el impedimento en el propio individuo que busca acceder a esa información.

Durante el transcurso del tiempo, la discapacidad se ha definido de diversas formas según los modelos que se han ido adoptando en la materia, pasando por el denominado “Modelo de

²⁰ Flores Balter, Sofía. *El carácter inclusivo de la norma del artículo 71 c, para el acceso de las personas con discapacidad mental a las obras intelectuales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. P. 13

²¹ Schuster, Santiago. *Las Excepciones al Derecho de Autor como Normas Permisivas. Una Revisión Crítica del Derecho de Usuario en el Sistema Normativo de Derecho de Autor*. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 213

Prescendencia”, dentro del cual, se mira a la persona como innecesaria ya que no presta utilidad a la sociedad; el “Modelo Médico” que en el presente trabajo llamaremos también “Biológico”, que mira la discapacidad como una condición biológica que deriva de razones científicas; a pasar a encapsularse en el conocido “Modelo Social”, que la mira desde una perspectiva externa, entendiendo la discapacidad como un modo o modelo de opresión social, es decir, una sociedad que se desarrolla sin considerar a estas personas.²²²³ Tanto el Modelo Biológico como el Social, son los predominantes en gran parte de las regulaciones actuales y que se manifiestan tanto en instrumentos internacionales como en la legislación interna de cada Estado, aunque puede encontrarse algún rasgo de la mirada contraria en un ordenamiento en particular. Es el caso nacional, ya que con la firma de la Convención y la dictación de la Ley N° 20.422, se dio un giro hacia el Modelo Social de discapacidad y, no obstante, la Ley N° 20.435, que modificó la LPI, introduce la excepción en examen que recoge claramente la concepción Biológica.

De esta manera, el artículo 5ª la Ley N° 20.422, siguiendo a la Convención (art. 1ª) define la discapacidad en los siguientes términos:

“Artículo 5°. - Persona con discapacidad es aquella que teniendo una o más deficiencias físicas, mentales, sea por causa psíquica o intelectual, o sensoriales, de carácter temporal o permanente, al interactuar con diversas barreras presentes en el entorno, ve impedida o restringida su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

Atendiendo a la literalidad del precepto, en su primera parte, la “discapacidad” se presenta como una deficiencia, pero luego la condiciona a elementos extrínsecos identificables fuera del sujeto. Circunstancia a partir del cual se puede advertir un concepto de discapacidad social, al fijar el impedimento en el entorno y no en la persona. En el mismo sentido la Convención en su artículo 1º inciso segundo, señala:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con

²² POLONIO DE DIOS, GEMA. La Discapacidad Desde la Perspectiva del Estado Social. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Córdoba, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales. P. 168-172

²³ Oliver, Michael. The Politics of Disablement. A Sociological Approach. P. 1-5

diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás”.

En cambio, el artículo 71 C recoge el concepto Médico de discapacidad, ubicando el obstáculo en el individuo, es decir identifica a la propia discapacidad como el impedimento, dado que aquí particularmente se trata la discapacidad como un elemento que debe superarse para el acceso, y no al soporte o forma de expresión que deban superarse. Esta idea se aprecia cuando el artículo dice, “*personas con discapacidad visual, auditiva, o de otra clase que le impidan el normal acceso a la obra*”, y lo reitera cuando señala, “*se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad*”.

Así el concepto de discapacidad recogido por la excepción es distinto al expresado por la Convención el artículo 1º de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, y en la Ley N° 20.422, aunque en apariencia se acerque a esta concepción.²⁴

El Diccionario de la Lengua Española define discapacitado como: "Dicho de una persona: Que padece una disminución física, sensorial o psíquica que la incapacita total o parcialmente para el trabajo o para otras tareas ordinarias de la vida".²⁵

En la misma línea, la Asociación de Ostromizados define la discapacidad como: “Toda restricción o ausencia debida a una deficiencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen considerado normal para el ser humano”. Puede ser temporal o permanente, reversible o irreversible. Es una limitación funcional, consecuencia de una deficiencia que se manifiesta en la vida cotidiana.

De acuerdo a ello la discapacidad sería la restricción que tiene una persona por alguna deficiencia que le impediría realizar una actividad con normalidad, puesto que la persona, no es discapacitada, porque las barreras de su entorno le hacen tener la discapacidad, sino que está incapacitada ya que carece total o parcialmente de una capacidad que debiera tener todo

²⁴ ARTÍCULO I

Para los efectos de la presente Convención, se entiende por:

1. Discapacidad

El término "discapacidad" significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social.

²⁵ Diccionario de la Lengua Española. Definición de discapacitado. [En línea]

<https://dle.rae.es/discapacitado?m=form>

ser humano, como la capacidad para escuchar. En este mismo sentido, el artículo 71 C, cuando habla de discapacidad alude a aquella que impide el acceso normal a la obra. Pero estas concepciones son erróneas, porque la discapacidad “se tiene”. La persona “no es” discapacitada, sino que “está discapacitada”²⁶.

Para comprender con mayor claridad el mecanismo de la excepción chilena, se ilustrará cómo identifica el impedimento a la luz de un caso hipotético, según la siguiente situación: una persona que padece hipoacusia (una patología que incapacita para oír en forma total o parcial, tanto en un oído, como en ambos)²⁷ pretende escuchar “La Primavera”, uno de los cuatro movimientos del concierto para violín y orquesta “Las Cuatro Estaciones” de Antonio Vivaldi, fijada en un CD-ROM. Sin embargo, no puede escuchar dicha obra. ¿Por qué? La respuesta está en el impedimento, existe una barrera que no le permite a esta persona acceder sin limitaciones al audio, como lo haría normalmente una persona sin discapacidad auditiva. Para resolverlo se han usado las siguientes respuestas:

La primera, es afirmar que el obstáculo es el cedé que contiene grabado el audio de la obra. En este contexto deberá estudiarse el soporte con el efecto de someterlo a una adaptación tal que permita al sujeto percibir. Sin embargo, la sola adaptación del cedé pudiera no resultar suficiente para lograr el acceso, ya que las posibilidades de adecuación, se limitan por la materialidad del objeto. También cabe la posibilidad de transformar la obra a otra fórmula de percepción, como sería el caso de transformar ese audio a imágenes donde se manifieste el contenido de la obra musical.

La segunda respuesta, propone ubicar el obstáculo en el individuo mismo, es decir, hay algo en la persona que le impide acceder. Esta situación requiere ir más allá que detenerse en el soporte. Entonces, al identificar el obstáculo en la persona, inmediatamente se deberá determinar una vía alternativa que le permita el acceso, por ejemplo, establecer otro sentido que sea suficiente para percibir y finalmente precisar la explotación adecuada. De acuerdo al ejemplo citado, como vía alternativa que permita percibir la obra auditiva se elige la visión, en cuyo caso realizar la transformación de la obra para ser pasada desde audio a imágenes.

²⁶ Asociación de Ostomizados. Definición de discapacidad. [Disponible en línea] <http://www.asociaciondeostomizados.com/pdf/documentos/diferencia-y-minusvalia.pdf>

²⁷ Redclínica, información sobre hipoacusia. Disponible en línea: <https://www.redclinica.cl/plantilla/especialidades/otorrinolaringologia/hipoacusia.aspx>

3.4.3 Medios y Procedimientos como Herramientas Destinadas a Superar los Impedimentos

El fenómeno de los avances tecnológicos ha facilitado la vida a personas en situación de discapacidad, ayudando a conseguir mayor autonomía. Esto se refleja, por ejemplo, en la fabricación de prótesis mecánicas o asistentes robóticos. Un caso conocido por todo el mundo, es el científico británico Stephen Hawking, fallecido el 14 de marzo de 2018, diagnosticado de esclerosis lateral amiotrófica, que le impedía realizar los movimientos voluntarios del cuerpo, condición que lo mantenía en una situación de discapacidad y lo hizo depender de una computadora con un sintetizador de voz para comunicarse con los demás hasta el momento de su fallecimiento.²⁸

No obstante, todavía la tecnología es insuficiente para alcanzar la plena inclusión social. Aún se hace necesaria la existencia de nuevas herramientas de apoyo a personas con discapacidad. En ese sentido, puede suceder que un individuo diagnosticado con hipoacusia con una disminución de su capacidad auditiva al 50%, que le impiden acceder a una obra musical, pueda lograrlo mediante aparatos que amplifican los sonidos del entorno. Luego, si esa misma persona fuese diagnosticada con el 80% o un porcentaje superior de disminución de su capacidad auditiva, el empleo de dispositivos que amplifiquen los sonidos, se torna inútil dada la severidad de su discapacidad. En ese caso se hace necesario otra vía sensorial del sujeto para que logre percibir la obra, para cuyo efecto debe recurrirse ya no a mecanismos que reduzcan la discapacidad, sino a adaptaciones o transformaciones de la misma obra, momento en el cual entra a jugar un papel importante la existencia de la excepción

Una situación similar puede ocurrir en el caso de una persona diagnosticada con discapacidad visual sobre el 80% frente a una pintura. No existe un dispositivo tecnológico que describa la obra adecuadamente. La solución es someter esa pintura a medios y procedimientos accesibles que logren superar esa discapacidad.

3.4.4 Medios y procedimientos en la excepción

La norma en estudio se refiere a “medios y procedimientos que permitan superar la discapacidad”, lo que hace pensar en elementos eficaces para el acceso al contenido de las

²⁸ Wikipedia, información sobre Stephen Hawking. Disponible en: https://es.wikipedia.org/wiki/Stephen_Hawking.

obras por personas que califican en los supuestos de la excepción como destinatarios del resultado de la explotación.

Respecto a esto, se pronunció el honorable senador Novoa, durante la discusión en las comisiones unidas al valorar la introducción de las indicaciones números 30 y 31, que incorporan la frase 'siempre que dicha utilización guarde relación directa con la discapacidad de que se trate, se lleve a cabo a través de un procedimiento o medio apropiado para superar la discapacidad', señaló. "Al hacerse referencia al procedimiento o medio apropiado se está aludiendo a los distintos formatos que permiten a los discapacitados acceder a las obras protegidas".²⁹

El Diccionario de la Lengua Española (DLE) define medio como: "Cosa que puede servir para un determinado fin. Medios de transporte, de comunicación"³⁰ es decir, se trata de una vía a través de la cual se pretende conseguir algo.

El medio es aquel elemento que permite superar el impedimento. Así, resultaría idóneo un dispositivo OCR (reconocimiento óptico de caracteres) que permita la lectura a personas ciegas. Sin embargo esto se aleja del propósito concreto que busca la norma, cuya hipótesis es conseguir el acceso a las obras, recurriendo formas de explotación que requieren de autorización del titular de la obra. En ese sentido, el medio se concibe como una forma de explotación, de la cual el beneficiario deberá servirse para permitir el acceso a PCD. Dado este razonamiento un medio sería, por ejemplo, un libro diseñado de tal forma que personas con discapacidad física logren hojear el ejemplar y en definitiva acceder a su contenido, o incluso puede considerarse como medio el audio digital o las imágenes, mediante las cuales una persona ciega o sorda, respectivamente, acceda a las obras.

Por último, acerca del procedimiento, es definido por el DLE como: "Método de ejecutar algunas cosas".³¹ De acuerdo a esta definición y considerando la redacción del artículo 71 C, procedimiento serían aquellos mecanismos empleados en la explotación que permiten el acceso efectivo al contenido de las obras por parte de PCD, pudiendo incluir aquí la posibilidad de comunicar un discurso mediante un intérprete en lenguaje de señas, o la posibilidad que durante una comunicación pública en que se exhibe la recreación de fenómenos astronómicos,

²⁹ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.435 que modifica la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual. Segundo informe de las comisiones unidas. Boletín N° 5.012-03. P. 290

³⁰ Diccionario de la Lengua Española, definición de "Medio". Disponible en:
<https://dle.rae.es/medio?m=form>

³¹ Diccionario de la Lengua Española, definición de "Procedimiento". Disponible en:
<https://dle.rae.es/procedimiento?m=form>

se muestre a personas ciegas mediante un aparato electrónico, que traduce la luz en timbres y tonalidades diversas.

3.4.5 Ausencia de Fin Comercial en las Utilizaciones

Como una de las condiciones que establece la excepción para realizar explotaciones autorizadas, pide claramente que estas se hagan sin fines comerciales.³²

En específico, la norma establece un requisito que pide al sujeto autorizado que evite los fines comerciales en las explotaciones, pues la obtención de utilidades se encuentra reconocida sólo a los autores y titulares de los derechos de propiedad intelectual, excluyendo de ese privilegio a los demás sujetos. Sin embargo, esto no quiere decir, que durante el proceso de producción de los ejemplares, exista flujo de recursos monetarios o la presencia de fines lucrativos tanto por parte del beneficiario, como por parte de terceros en miras a financiar la actividad productiva.³³

Será este asunto el que se tratará en el presente título, pues si bien cuando la distribución y comunicación pública de versiones accesibles hechas de forma gratuita para usuarios con discapacidad, se presenta claramente la ausencia de fines comerciales, en cambio cuando en contexto de una distribución o comunicación pública o cualquier otro acto autorizado se recaudan recursos monetarios.

Durante el desarrollo de las comisiones de las cámaras en el Congreso Nacional se dedicaron latamente a discutir sobre la redacción de la Ley N° 20.435, y entre muchos temas analizados se discutió sobre si se agregaba la expresión sin fines de lucro o sin fines comerciales, como requisito que debía cumplir el beneficiario. En el segundo informe de las comisiones unidas durante el segundo trámite constitucional, queda consignado lo siguiente: La señora Ministra de Cultura señaló, que, si se opta por la expresión "sin fines de lucro", quedará tácitamente prohibido incluir publicidad en los ejemplares adaptados para las personas discapacitadas. El Honorable Senador señor Pizarro, indicó que esta norma protege los derechos de autor, por lo cual, estimó que toda reproducción de la obra que genere cualquier tipo de ganancia, debe ser autorizada por su titular y en tal contexto, sostuvo que está por mantener el criterio "sin

³² Villarroel Villalón, Luis. Excepciones al Derecho de Autor en beneficio de Personas en situación de Discapacidad Visual. P. 20

³³ FLORES BALTER, SOFÍA. EL CARÁCTER INCLUSIVO DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 71 C, PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL A LAS OBRAS INTELECTUALES. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. P. 64

finés de lucro". Por su parte, el Honorable Senador señor Letelier, señaló que prefiere la expresión "sin interés comercial", porque la idea de esta excepción, es fomentar que se adapten obras a formatos apropiados para que las personas discapacitadas puedan tener acceso a las mismas, sin importar que en las reproducciones se incorpore publicidad de los auspiciadores.³⁴

Definitivamente, se optó por dejar la expresión "sin fines comerciales", como modo de impedir que las explotaciones hechas por el sujeto beneficiario se realicen con intereses comerciales encubiertos, para que finalmente, la distribución y comunicación pública que se hace en beneficio de los destinatarios, respeten las prerrogativas del titular de la obra.

La discusión que se evidencia en las actas de las comisiones unidas acerca de incluir en la redacción de la excepción la expresión fines de lucro o fines comerciales, dejan de manifiesto, la voluntad del legislador, de permitir cierta actividad comercial en el proceso de producción, como lo sugiere el señor Letelier, cuando alude a la posibilidad de incluir publicidad en los ejemplares accesibles. Por otro lado, la discusión resulta inútil, debido a que los legisladores equivocadamente, intentan hacer la distinción entre ambas expresiones, como si al incluir una u otra hubieren provocado distintos efectos jurídicos en la aplicación de la excepción. Lo cierto, es que tanto fines comerciales como fines lucrativos, a pesar de no tener el mismo significado, son expresiones análogas que apuntan un mismo objetivo.

En primer lugar, cuando se alude al vocablo sin fines comerciales se busca impedir el propósito de la actividad mercantil, que según la definición que nos ofrece el profesor Sandoval y que es recogida por gran parte de la doctrina es: "Una actividad de intermediación entre productores y consumidores realizada con propósito lucrativo".³⁵

En segundo lugar, cuando se alude a la expresión sin fines de lucro se busca impedir esta acción, la cual significa según el Diccionario de la Lengua Española: Lucro "Del lat. *lucrum*. Ganancia o provecho que se saca de algo".³⁶ Es decir, al colocar la frase "sin fines de lucro", se busca impedir la obtención de ganancias, de igual forma, cuando se opta por la fórmula "sin

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.435 que modifica la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual. Segundo informe de las comisiones unidas. Boletín N° 5.012-03. P. 301

³⁵ SANDOVAL LOPEZ RICARDO. Derecho Comercial. Tomo I, volumen 1. Actos de Comercio Noción General de Empresa Individual y Colectiva. 5a edición actualizada. Editorial Jurídica de Chile.

³⁶ Diccionario de la Lengua Española, definición de "Lucro". Disponible en: <https://dle.rae.es/lucro?m=form>

fines comerciales” se busca prohibir el ánimo de lucro, que precisamente es uno de los objetivos de la actividad mercantil.

Como forma de determinar la existencia o no del fin comercial en contexto del artículo 71 C, deberá establecerse el destino de los recursos obtenidos como resultado de las explotaciones. En este caso, la exigencia apunta a la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y es responsable de la fabricación de los formatos y de ponerlos a disposición de las personas con la discapacidad respectiva o a los beneficiarios del mismo, a través de los canales adecuados”.³⁷

Puede ocurrir que en función de una distribución o en el contexto de una comunicación pública el explotador autorizado obtenga recursos económicos, proveniente de publicidad añadida en los ejemplares distribuidos o en la versión objeto de la comunicación pública, en cuyo caso, se deberá determinar si esos recursos efectivamente fueron destinados a la producción de ejemplares accesibles.

También puede suceder que la distribución de ejemplares se materialice mediante compra venta o arrendamiento a un monto bajo el costo de mercado, hipótesis que no cabe en la excepción, en el sentido de que el espíritu de la ley apunta a evitar toda sospecha de lucro por parte del explotador, cuestión que según el caso antes mencionado bajo una mirada restrictiva, la venta o arriendo pueden ser consideradas hechas dentro de la órbita de la actividad mercantil, al tratarse de contratos onerosos conmutativos que ponen de manifiesto el ánimo lucrativo al pedir a su comprador o arrendatario un monto de dinero, independientemente si es a bajo costo o no, pues el lucro no se condiciona a la pérdida o ganancia concreta de un negocio.

Asimismo, cabe la posibilidad de que, mediante campañas masivas para captar recursos económicos, o por donaciones o aportes voluntarios por parte de los destinatarios, o por cualquiera otra actividad se recaudan fondos, deberá comprobarse que esos recursos, efectivamente son destinados en su totalidad a financiar la producción de versiones accesibles. De lo contrario, si esos fondos o parte de esos fondos se destinan a otras actividades, se evidenciará un enriquecimiento por parte del sujeto explotador, lo que significaría un exceso en el uso de la excepción.

³⁷ Villarroel Villalón, Luis. Excepciones al Derecho de Autor en beneficio de Personas en situación de Discapacidad Visual. P. 21

3.4.6 Vínculo de la Explotación con el Impedimento

La excepción en estudio se establece como una herramienta orientada a equilibrar los derechos que protege la LPI Nacional con los derechos de los usuarios de las obras, funcionando como una verdadera autorización legal que, mediante las utilidades mencionadas, aquellos que tomen la iniciativa puedan en definitiva producir ejemplares accesibles aptos para permitir el acceso.

Para hacer efectivas estas explotaciones, la persona que tome la iniciativa deberá cumplir con todas las condiciones señaladas por la misma norma, especialmente la exigencia que pide que la utilización guarde relación con la discapacidad de que se trate, se lleve a cabo por un medio y procedimiento apropiado para superar la discapacidad.

Dicho de otra forma, la reproducción, adaptación, distribución y comunicación pública deberán realizarse de tal manera que su resultado sea lo suficientemente eficaz para que la persona en situación de discapacidad acceda de la misma forma a que accede un sujeto sin discapacidad normalmente.

En este punto, la ley busca establecer un vínculo entre la explotación y el impedimento, es decir la discapacidad, en estricto rigor, que la explotación tenga un sentido válido. Además, bajo este razonamiento el vínculo se transforma en la garantía que permite asegurar el acceso efectivo y normal a las obras protegidas por parte de las PCD, pues al estar relacionada la explotación con el impedimento la utilización será suficiente para que una persona con discapacidad acceda a una obra en sus tres dimensiones: física, emocional y cognitiva, logrando superar la discapacidad³⁸, lo que significará en resumidas cuentas que esta persona acceda normalmente a una obra.

Por ejemplo, si una persona que posee hipoacusia quiere acceder a un determinado discurso que originalmente se encuentra fijado en una memoria electrónica en formato audio, lo más apropiado sería que esa obra sea objeto de una reproducción gráfica para ser leído por

³⁸ Véase el capítulo II título 2.3 Acceso a La Obra: ¿Qué es el "Acceso Normal a la Obra"?
De: Flores Balter Sofía. 2018. EL CARÁCTER INCLUSIVO DE LA NORMA DEL ARTÍCULO 71 C, PARA EL ACCESO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL A LAS OBRAS INTELLECTUALES. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales.

esta persona, o bien sea transformarlo a en lenguaje de señas y fijado en un soporte audiovisual. En este caso la utilización estará en total armonía con la discapacidad en cuestión.

Sin embargo, no sería correcto que ese discurso sea objeto de una reproducción para fijar su contenido en la Web o de una comunicación pública audible pues esta persona no podrá oír y a fin de cuentas no accederá a la obra, por lo cual, en este caso no existiría ese vínculo que garantiza el acceso efectivo a las PCD.

Por lo tanto, se concluye que la norma exige al sujeto autorizado que las explotaciones que realice deben tener estricta relación con el impedimento que intenta superarse, y que asimismo esa utilización empleada deberá garantizar el acceso efectivo a las obras intelectuales por parte de personas en situación de discapacidad.

CONCLUSIÓN

Durante el presente capítulo, se aclaró y precisó cada elemento de la excepción necesarios para dilucidar las características del explotador y trazar el modelo que se propone esta investigación. En concreto, durante la primera parte se explicó cómo en la norma puede identificarse a dos sujetos con roles distintos, distinguiendo por un lado el destinatario del producto de las explotaciones, correspondiendo aquí a las PCD, que se enmarquen dentro de lo dispuesto por el legislador, y por otra parte el beneficiario propiamente tal, correspondiente al sujeto que realizará las explotaciones autorizadas destinadas a permitir el acceso de las obras a las PCD.

Haciendo también hincapié respecto al carácter abierto de la excepción cuando apunta a los sujetos, tanto al beneficiario como al destinatario del producto de las explotaciones, permitiendo una gama amplia de personas que puedan calificar tanto como explotadores como usuarios de los ejemplares accesibles.

También se indagó acerca del impedimento que justifica las explotaciones, mostrando que actualmente existen dos fórmulas distintas para identificarlo, por una parte, aquella doctrina que distingue el impedimento en el entorno, esto es el diseño externo que impone las barreras, y por otro aquella que distingue el impedimento en el propio individuo, es decir identifica el obstáculo como una deficiencia biológica (la discapacidad), constatando cómo la legislación nacional toma una dirección hacia el Modelo Social de discapacidad con la firma de la

Convención y la Ley N° 20.422, pero que curiosamente vuelve al Modelo Médico con el artículo 71 C que fija el obstáculo en la persona.

Respecto de los medios y procedimientos a los que se refiere la excepción, se demostró que estos pueden referirse tanto a los formatos, técnicas, lenguajes, materiales o mecanismos que empleados en las explotaciones permiten efectivamente el acceso al contenido de las obras por parte de PCD.

En cuanto a la ausencia de fin comercial en las explotaciones, se deja claro que, si bien los conceptos de “fin comercial” y “fin de lucro” no son sinónimos, de todas maneras, son expresiones análogas, que establecidas en un precepto jurídico producen los mismos efectos dado que el lucro va incluido en el fin comercial.

Asimismo se determinó, que el añadido de esta frase en la excepción implica, desalentar toda obtención de ganancias por parte del explotador y que la determinación de la existencia de fines comerciales está supeditado al destino de los recursos económicos que se obtengan como resultado de esas utilidades.

Finalmente, se examina el vínculo entre la explotación y el impedimento, que exige el artículo 71 C, cuando pide a su beneficiario que la explotación deberá guardar relación con la discapacidad que se trate, explicando que esto significa en resumidas cuentas la existencia de un vínculo entre la explotación y el impedimento, lo que a su vez constituye la garantía que asegura el acceso efectivo del contenido de las obras por parte de PCD

CAPÍTULO IV: Análisis de la Presencia de PCD y Vínculo de la Explotación con el Impedimento como Condiciones del Artículo 71 C y una Propuesta para su Aplicación

En función a los análisis y conclusiones anteriores, corresponde ahora pasar al estudio de las condiciones hipotéticas de la excepción tal como las denomina Schuster, indicando que estas requieren una formulación especial, añadiendo una cláusula que describe una situación que debe ocurrir para que la acción pueda realizarse.³⁹ Aquellas forman parte central del objetivo que se propone esta investigación, pues una vez analizados estos elementos que circunscriben el actuar del explotador, podrán definirse las características del beneficiario que servirán como guía para trazar el modelo que se propone este trabajo.

El presente capítulo está dividido en dos partes, donde en la primera se analizarán estas condiciones esenciales, a saber: a) La Utilización de Obras Protegidas debe Hacerse en Beneficio de Personas con Discapacidad; y, b) La Utilización debe Guardar Relación con la Discapacidad que se Trate, Usando Medios o Procedimientos Apropriados para Superarla. En la segunda parte, se enumerarán las características identificadas bajo el análisis desarrollado, para en la segunda parte presentar la utilidad del modelo y cómo aplicarlo en concreto.

4.1. Análisis de las Condiciones Esenciales de la Excepción

4.1.1 Utilización de Obras Protegidas debe hacerse en beneficio de Personas con Discapacidad.

Que la utilización se deba realizar en beneficio de PCD parece una cuestión obvia en esta excepción. Sin embargo, podría ocurrir que un beneficiario realice la explotación autorizada por la norma de excepción, sin que exista un vínculo entre el resultado producido por la explotación y el uso de los productos resultantes por sujetos con discapacidad. Por lo tanto, es imperativo determinar la exclusividad de los destinatarios finales de la norma, es decir, que la utilización solo vaya en beneficio de un determinado grupo de personas que, revista las

³⁹ Schuster, Santiago. Las Excepciones al Derecho de Autor como Normas Permisivas. Una Revisión Crítica del Derecho de Usuario en el Sistema Normativo de Derecho de Autor. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 196

características de discapacidad en relación al acceso de una obra, excluyendo a otros individuos que no posean tales impedimentos.

Desde que comienza a redactarse la Ley N° 20.435, ya se hablaba de la exclusividad de las PCD para beneficiarse con el resultado de las utilizaciones permitidas, tal como se indicó durante el primer trámite constitucional en el Informe de las Comisiones Unidas, donde se dejó consignado lo siguiente: “En ejercicio de esta excepción, se permite la reproducción, adaptación, distribución y comunicación al público, sin interés comercial y siempre dentro del ámbito de personas que sufran la respectiva discapacidad, de obras protegidas. A efectos de evitar usos indebidos que afecten los derechos de los titulares, se establece que los ejemplares o copias obtenidas en ejercicio de esta excepción no podrán ser cedidos ni distribuidos a terceros y deberán señalar claramente que han sido realizados en ejercicio de esta excepción y, por tanto, tienen una circulación restringida.”⁴⁰

En este sentido, según el espíritu de la ley, la exclusividad de las personas con discapacidad, significaría la autorización de estas explotaciones, incluyendo la distribución y comunicación pública de versiones accesibles de obras sólo en beneficio y al alcance de sujetos que posean alguna discapacidad que les impida acceder normalmente a obras intelectuales, excluyendo en este caso a personas que no cumplen con dichas características, en razón de que los actos permitidos están orientados a posibilitar el acceso a obras protegidas por parte de personas cuya discapacidad les impide acceder normalmente al contenido.⁴¹ Pese a ello, este principio no sería absoluto, cuestión que a continuación se explica.

Se analiza la siguiente situación: si una persona natural, toma la iniciativa de realizar la adaptación de una obra literaria, transformándola desde un libro físico en audiolibros, fijando dicha obra en una memoria electrónica, según lo que prescribe el artículo 71 C, en relación a la exclusividad de las personas con discapacidad, el sujeto que ha tomado la iniciativa para llevar a cabo esta explotación de la obra al amparo de la regla de excepción, sólo podrá distribuir o realizar la comunicación pública del ejemplar únicamente a personas con discapacidad, pues si la distribución o comunicación pública se hace en favor de personas que

⁴⁰. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la Ley N° 20.435 Modifica la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual. P. 26

⁴¹ Schuster, Santiago. Las Excepciones al Derecho de Autor como Normas Permisivas. Una Revisión Crítica del Derecho de Usuario en el Sistema Normativo de Derecho de Autor. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. P. 217 y 218

no padecen esos impedimentos se estaría actuando fuera de la esfera de aplicación del artículo 71 C.

Indudablemente si accede a la obra alguna persona que no posee discapacidad, pero que lo hace en su condición de asistente o intermediario que posibilita que las personas con discapacidad aprovechen de la obra (podría ser algún acompañante o familiar del destinatario que lo asiste o algún funcionario de la institución que realiza la explotación, o incluso, las mismas personas que realizan los procedimientos para llevar a cabo las utilizaciones) no se estaría vulnerando la excepción, en razón de que su conducta se limita a posibilitar el cumplimiento cabal de la norma. Lo mismo podría suceder si una persona natural o alguna institución realiza la comunicación pública en algún recinto de una obra cinematográfica adaptada que contiene subtítulos o lenguaje de señas incorporado para personas sordas. Para ceñirse a la excepción, la obra deberá solo ser percibida por personas que padezcan de la respectiva discapacidad y por asistentes del evento que ayudan a estos individuos, excluyendo al resto que no padecen de la discapacidad ni cumplen funciones de apoyo.

¿Debe ser efectiva la presencia de personas con discapacidad o cabe aplicar la excepción si esta es solo potencial? Para responder esta pregunta se analizarán ambos casos y luego se intentará llegar a una respuesta definitiva.

4.1.1.1 Presencia o concurrencia efectiva

La concurrencia efectiva de PCD al momento de realizarse las explotaciones autorizadas por la excepción indica que si una persona natural o jurídica realice alguna de las utilizaciones permitidas de obras protegidas, estas deben estar dirigidas a PCD. Por ejemplo, una institución encargada de asistir a personas sordas o sordos mudos, que tiene como miembros registrados una cantidad de 20 PCD, decide adaptar una determinada obra, fijándola en un DVD en formato de video incorporando lenguaje de señas, produciendo como resultado final 20 ejemplares que se distribuyen entre ellos. En este caso, las personas con discapacidad están claramente identificadas al momento de producir esos ejemplares accesibles.

4.1.1.2 Presencia o concurrencia potencial

La presencia potencial o eventual de personas con discapacidad al momento de efectuarse las utilidades, podría resultar de la realización de una adaptación de una obra sin considerar la existencia actual de individuos con discapacidad, lo que quiere decir que la explotación se hace pensando en posibles usuarios PCD de esas obras adaptadas, usuarios que al momento de la utilización no están identificados.

Por ejemplo, una biblioteca que presta servicios a personas con discapacidad visual, produce copias de libros mediante ejemplares en braille. Esa adaptación se hace dirigida tanto para los usuarios habituales de la biblioteca como por usuarios eventuales, que al momento de la producción de los ejemplares no se conocían por la biblioteca, pero también se consideran.

4.1.2 Formas de explotación presentadas por la norma en provecho de personas con discapacidad

Para resolver la disyuntiva referida a la concurrencia efectiva o potencial de PCD a las que se dirigen los productos resultantes las explotaciones que permite el artículo 71 C, debe distinguirse a qué tipo de utilización se está refiriendo. No es lo mismo realizar una comunicación pública que realizar una distribución. La primera explotación, tratándose de una emisión abierta al público, puede estar dirigida a un conjunto de individuos indeterminado, mientras que la segunda no tendrá dificultades en la detección de los individuos que reciben las copias o ejemplares.

En seguida se observarán las formas de explotación usuales y su aplicación en el contexto de la excepción del 71 C LPI.

a) Reproducción

El artículo 71 C, permite que una persona natural o jurídica realice la reproducción de alguna obra lícitamente publicada, para fijarla definitiva o temporalmente en algún medio que permita su comunicación o la obtención de copias. La reproducción permitiría, por ejemplo, la fijación de una obra literaria en una memoria electrónica, disco duro o en la Web, ya sea en formato PDF, DOC, HTML, y similares.

Esta utilización, podría estar orientada tanto a individuos con discapacidad previamente identificados, como también a otro grupo de PCD potenciales o que no han sido todavía identificados. Por ejemplo, si una persona o institución realiza la reproducción de una

enciclopedia, fijándola en un libro con formato braille y letras macro tipo para ciegos y otras personas con dificultades para leer, dicha explotación puede realizarse tanto para una determinada cantidad de personas que se conocen al momento de realizar el acto permitido, como también para potenciales usuarios con discapacidad que eventualmente puedan de igual forma acceder a esa enciclopedia.

b) Adaptación

Según la excepción, la adaptación permitiría la transformación de una obra de tal manera que cambie su forma de comunicación. Por ejemplo, la adaptación de una canción que se encuentra en formato audio, llevarla a una coreografía para que personas sordas o con dificultad para escuchar accedan a una obra musical.

Esta utilización, podría también estar dirigida a PCD existentes al momento de la explotación, pero también a posibles sujetos con obstáculos para acceder, que eventualmente podrán disfrutar esa obra adaptada.

c) Distribución

La distribución de una obra protegida, significaría según la definición legal y lo propuesto por la norma de excepción, la puesta a disposición de ejemplares accesibles, permitiendo transferirlos en propiedad o en préstamo a personas con discapacidad.

Por ejemplo, se realiza la distribución de la versión accesible de una determinada obra cinematográfica que incorpora guion audio descriptivo para ciegos y diálogos en subtítulos para personas sordas, fijada en DVD. Esta explotación no puede dirigirse a posibles o potenciales usuarios con discapacidad, en consideración a su naturaleza, pues al ser un acto más concreto que los demás en relación a su destinatario final, necesariamente debe realizarse de forma directa. Esto significa que la distribución debe hacerse sólo dirigida a personas con la respectiva discapacidad, reales, efectivas o existentes.

d) Comunicación Pública

Este acto permitiría que el sujeto autorizado pueda por cualquier medio o procedimiento difundir signos, palabras, sonidos o imágenes que sea actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por medio de los cuales una pluralidad de personas reunidas en un mismo lugar acceda a una obra protegida, sin una distribución previa de ejemplares a cada uno de ellos.

Como también lo señala Villarroel, debido a que la comunicación pública es una utilización muy versátil que permitiría la difusión de obras desde la fijación de un libro en la Web, hasta la presentación de una coreografía de una canción para personas sordas o sordos mudos,⁴² resulta difícil determinar si dicha explotación deberá estar dirigida a un grupo de personas con discapacidad existentes o potenciales. No obstante, considerando que el objetivo de la comunicación pública es difundir una obra para que un grupo de personas indefinido o no identificado acceda finalmente a ella sin la distribución previa de ejemplares, la utilización, finalmente, deberá ser dirigida a un grupo de PCD potenciales e indefinidos que eventualmente accederán a la obra, ya sea por un libro fijado en una página Web o durante una presentación donde se difunda una obra por medio de una coreografía.

Conclusión

Finalmente, queda determinado que las explotaciones autorizadas por la excepción pueden realizarse dirigidas tanto a destinatarios existentes como a destinatarios potenciales, dependiendo de la utilización a la que se refiere. Por ejemplo, tratándose de la reproducción y adaptación, ambas pueden dirigirse tanto a destinatarios existentes o potenciales, mientras que cuando se realiza una distribución, sólo podrá dirigirse a personas con discapacidad existentes o reales. Por su parte, cuando se pretenda realizar la comunicación pública de una obra deberá dirigirse a posibles destinatarios que eventualmente accedan a esas obras.

4.2 La Utilización debe guardar relación con la Discapacidad que se Trate, Usando Medios o Procedimientos Apropriados para Superarla

Además de exigir la exclusividad y la presencia real o potencial de personas con discapacidad en las utilidades, también se impone al explotador que, al realizar los actos autorizados, estas deben guardar relación con la discapacidad que se pretende superar, utilizando medios o procedimientos apropiados para ello.

La exigencia es muy acertada, en cuanto considera el vínculo que debe existir entre el objetivo de la utilización con el impedimento que intenta superarse⁴³, por lo cual el beneficiario deberá procurar al momento de realizar la explotación, que con su producto resultante se

⁴² Villarroel Villalón, Luis. Excepciones al Derecho de Autor en beneficio de Personas en situación de Discapacidad Visual. P. 18

⁴³ Para mayor información, véase el capítulo III título 3.1.5 del presente trabajo

satisfaga el objetivo de la norma, que es superar los obstáculos que impiden el acceso normal a las obras, para que la persona con discapacidad acceda en su plenitud al contenido de tal manera como si no existiese la discapacidad. Esto significa que los medios y procedimientos empleados en la explotación deberán tener estricta relación con la discapacidad que se trate.

Por ejemplo, en el caso de una pintura, si se quiere realizar una adaptación para que personas ciegas o con dificultad para ver accedan a esta obra, una opción sería llevar esa pintura a una descripción audible para que por medio de la audición se sortee el obstáculo que impedía el acceso normal a la obra por parte de estas personas.

Una segunda opción sería transformar esa pintura en una lámina táctil para que por medio del tacto las personas ciegas o con dificultades para ver perciban la pintura, superando así el obstáculo que impedía acceder.

En cambio, si esa pintura es objeto de una mera reproducción para fijarla en la Web, no cumpliría con el objetivo de superar la discapacidad, ya que, al encontrarse como imagen sin ninguna adaptación, las personas ciegas o con otras dificultades para ver, al intentar acceder a su contenido, se enfrentarán al mismo obstáculo que les impide acceder normalmente.

4.2.1 Características del Beneficiario.

El estudio de la excepción permite finalmente llegar a la caracterización del beneficiario, es decir, la persona natural o jurídica que realiza la explotación de la obra, bajo las condiciones que se han calificado como esenciales para que pueda realizarse tal explotación, sin necesidad de recurrir a la licencia o autorización del titular del derecho de autor de la obra.

Esta caracterización no es una mera cuestión teórica, sino que tiene importancia práctica dado que solo con el cumplimiento de tales características, en armonía con los requisitos de aplicación de la excepción, podrá identificarse a la persona legitimada para la explotación o, por el contrario, se podrá reconocer al infractor cuando no cumple con la caracterización a la que arriba esta investigación.

Se seguirá el orden de los requisitos o condiciones de la examinados en este capítulo, para la caracterización del beneficiario.

4.2.1.1 *Existencia de un Vínculo Directo o Indirecto entre el Beneficiario y los Destinatarios*

Como fue explicado con anterioridad, uno de los elementos esenciales de la excepción es la existencia de PCD en las utilizaciones, manifestada en la norma cuando exige al beneficiario que las explotaciones deben hacerse a favor de personas con discapacidad. También cuando ordena al explotador a señalar que la versión ha sido generada bajo la excepción y que se prohíbe la puesta a disposición a sujetos que no califican como individuos que no pueden acceder normalmente. Por lo tanto, puede deducirse que una de las características que se debe cumplir es presentar un vínculo directo o indirecto con PCD a las cuales se pretende beneficiar.

Este vínculo podría estar dado, por ejemplo, por un servicio que se preste por parte del beneficiario a las personas con discapacidad, ya sea educación, asistencia profesional, rehabilitación, entre otros, que garantizaría el uso efectivo y exclusivo de las versiones accesibles de obras por parte de estos individuos.

Además, el vínculo que garantiza el uso de las versiones accesibles por PCD puede ser directo o indirecto. Será directo cuando el sujeto autorizado asiste o presta servicios directos a personas con discapacidad, mientras que será indirecto cuando el explotador se relaciona con PCD a través de otra persona o institución que los asiste. Por ejemplo, la entidad A toma la iniciativa de crear versiones accesibles de una determinada obra, careciendo de comunicación con sujetos en condición de discapacidad, sin embargo, solicita a la entidad B que es una organización especial que apoya y asiste a este grupo de personas, que se encargue de difundir la realización de las explotaciones para que puedan beneficiarse de las versiones accesibles producidas por la entidad A.

4.2.1.2 *Capacidad Técnica para la Producción de Versiones Accesibles*

La labor de producir versiones accesibles de obras intelectuales no es una cuestión baladí, pues requiere de una gran preparación técnica. Por ejemplo, la adaptación implica el nacimiento de obras derivadas, lo que significa la creación de nuevas obras, como lo es en el caso de que se realice la adaptación de una pintura para transformarla en una escultura. En cuyo caso se requiere de un escultor que posea las aptitudes suficientes para llevar la idea manifestada en una forma de expresión original, fijada mediante una pintura y trasladarla a la

nueva obra. También, si se realiza la adaptación de una canción para transformarla en una coreografía, se requiere de distintas personas capacitadas para realizar la transformación y luego interpretarla. Además, se hace indispensable la intervención de profesionales o personas que conozcan de la discapacidad, de sus limitaciones y necesidades especiales para que así la explotación que se realice sea la más adecuada e idónea, a fin de conseguir el acceso normal por parte de una persona en situación de discapacidad, es decir, permitir el acceso del contenido en sus tres dimensiones (física, emocional y cognitiva).

Esto quiere decir que el sujeto que pretenda realizar explotaciones a favor de personas con discapacidad, deberá presentarse como una organización o persona natural que cuenta con el cuerpo de especialistas y tecnología necesaria que les permita realizar la reproducción, adaptación y toda transformación necesaria mediante procedimientos y medios apropiados para superar la discapacidad de que se trate y a su vez garantizar el acceso normal a las obras. Todo esto es reconocido en la excepción del 71 C, cuando obliga al beneficiario a que la utilización debe hacerse con medios y procedimientos adecuados para superar el impedimento, y que guarde relación con la discapacidad que se trate, impulsando al beneficiario a que se dote de todas las herramientas necesarias que permitan la fabricación de versiones accesibles de obras intelectuales.

4.2.1.3 Garantizar el Resguardo de los Derechos de Autor de las Obras Explotadas

Si bien esta afirmación puede sonar superflua o casi obvia, para efectos de completar el perfil que se propone este estudio, es necesario mencionarla. Es preciso señalar que esta característica no es exclusiva del sujeto explotador de la excepción en estudio, si no que aplica a los demás explotadores del resto de excepciones establecidas en la LPI nacional.

Lo que se concluye es que dado que el explotador actúa al amparo de la autorización legal, está obligado a llevarla a cabo dentro de la órbita de la norma. En consecuencia, su actividad debe ceñirse no solo a las utilidades indicadas por el legislador, sino también está obligado a resguardar los derechos del titular. Por esta razón, la excepción opera bajo ciertas condiciones, como por ejemplo, que las utilidades se hagan sin fines comerciales, que su puesta a disposición se haga sólo a personas que revisten el carácter de discapacidad como lo propone la norma o que en los ejemplares accesibles se señale expresamente que han sido fabricados bajo la excepción. Incluso, no está demás mencionar que, en consideración a la naturaleza del artículo como una autorización legal, al decidir actuar bajo él, significa reconocer tácitamente titularidad y autoría ajena, lo que implica respetarla.

Bajo esta idea se puede advertir que los beneficiarios deben ser sujetos capaces de equilibrar el uso de las obras protegidas con el resguardo de la propiedad intelectual. Por un lado, deben garantizar el acceso a las obras dentro del marco jurídico, mientras que, por otro lado, deben presentarse como un explotador que impida la vulneración de los derechos de propiedad intelectual. Pues bien, lo señala la norma cuando obliga al beneficiario que la utilización no se haga con fines comerciales, que se señale en los ejemplares la circunstancia de ser fabricados al amparo de la excepción, y que se indique la prohibición expresa de distribución y puesta a disposición a personas que no posean la discapacidad.

En otras palabras, la norma busca proteger el monopolio de explotación que tienen sus titulares, e impedir todo menoscabo que puedan sufrir derivado de un uso no autorizado o explotación que exceda la excepción.

Conclusión

En relación al análisis sobre los elementos esenciales de la norma, particularmente respecto de la exigencia que pide que las explotaciones deben hacerse en beneficio de PCD y la prohibición de la puesta a disposición de los ejemplares accesibles a personas que no califiquen en las discapacidades consideradas, denota el requisito de exclusividad de PCD en el uso de los productos resultantes de la explotación, cuestión fundamental en la norma, ya que el fin es lograr el acceso al contenido de las obras por parte de PCD, por lo cual el explotador se ve obligado a colocar en manos de los destinatarios esos productos. Asimismo, al observar el requisito que pide que la explotación guarde relación directa con la discapacidad tratada, debiendo llevarse por un procedimiento o medio adecuado para superar la discapacidad, manifiesta claramente el vínculo que debe existir entre los actos autorizados y el impedimento, lo que a su vez demanda por parte del explotador la capacidad para producir una versión o ejemplar lo suficientemente adaptado que permita el acceso al contenido a PCD de la misma forma en que accede una persona sin discapacidad.

Además, gracias al estudio de las exigencias de la excepción pudo determinarse las características del beneficiario.

Primero, a raíz de la exigencia que pide exclusividad de PCD en los usos de los productos resultantes de las explotaciones se entiende que el sujeto deberá presentar un vínculo directo

o indirecto con PCD; por su parte cuando la norma exige un vínculo directo con la discapacidad que se trate, debiendo emplear la utilidades con los medios y procedimientos adecuados, implica la preparación técnica para producir ejemplares adaptados de tal manera que permitan superar el impedimento; finalmente, y aunque suene obvio, dada la naturaleza de la excepción como autorización legal (reconociendo tácitamente autoría ajena) y considerando la prohibición de explotar la obra sin fines comerciales, explicitando en los ejemplares haberse hecho bajo la excepción, manifiesta la idea de que el explotador debe mantener una conducta que resguarde los derechos de sus titulares.

4.2. Propuesta de Aplicación

Finalmente, luego del extenso recorrido por la norma, de sus fundamentos y significados, a continuación se expondrá la utilidad del modelo propuesto y cómo su aplicación facilita la aplicación e interpretación de la excepción.

4.2.1. Como Herramienta Interpretativa

Si bien el artículo 71 C no es una norma cuyo tenor literal es difícil de comprender, al ser una norma relativamente nueva, los escasos estudios que se han hecho por parte de la doctrina resultan insuficientes para el mayor enriquecimiento del conocimiento jurídico sobre el área, y que son necesarios para ampliar las distintas interpretaciones que puedan extraerse y para una correcta aplicación del derecho.

Al considerar las características del beneficiario pueden observarse con mayor claridad los elementos del artículo, como cuando se quiere entender alguno de los requisitos.

Por ejemplo, si se busca determinar cómo una explotación se hace en beneficio de una persona con discapacidad, se entiende de mejor manera si se considera el vínculo directo o indirecto entre el explotador y personas con discapacidad, ya que ahí surgen los conceptos de existencia real y potencial y la exclusividad de los destinatarios, que permiten ajustar un acto determinado dentro del marco de la excepción. También sucede en el caso que se observe el requisito de superar el obstáculo que impide acceder normalmente a obras mediante determinadas utilidades, pues si se considera que el explotador debe presentarse como un sujeto que cuenta con personal y equipo técnico, da luces de una norma que pide rigor en tanto se realiza una explotación, pues debe ser capaz de relacionar la utilización con la discapacidad que se quiere superar como de garantizar el acceso efectivo a las obras.

Esta nomenclatura, puede ser útil para aquellas personas que pretenden hacer uso de la excepción, como para cualquier jurista, o incluso puede ser fundamental para los razonamientos que realiza un juez durante la resolución de un conflicto.

4.2.2. Como Parámetro a Considerar en las Decisiones Judiciales

Este modelo, también puede ser usado como guía de carácter general que utilicen los tribunales, cuando se necesite identificar al sujeto autorizado o cuando se debe verificar si efectivamente se ajustan a la norma de excepción.

Por ejemplo, si durante el proceso el juez de la causa requiere comprobar si se ha cumplido con el requisito referido a que las utilizaciones deben hacerse en beneficio de personas con discapacidad, para verificarlo podrá compararlo con el modelo que plantea que los beneficiarios deben presentar un vínculo directo o indirecto con sujetos en situación de discapacidad, lo que permitiría confirmar el cumplimiento o no de la exigencia, que en caso de no presentar dicho vínculo sería la falta al requisito antes mencionado, en cuyo caso el juez debería concluir que existe una infracción a la norma.

Ahora, considerando las razones anteriores, el modelo propuesto puede funcionar tanto como herramienta interpretativa que ayude a su lector a entender el sentido genuino de la excepción, como un parámetro que ayude al juez a identificar al explotador autorizado o verificar cuando existe un exceso en el uso de la norma.

CONCLUSIONES DE LA INVESTIGACIÓN : RESPUESTA AL POSTULADO DE LA TESIS

Tras el análisis a los fenómenos históricos que envuelven el nacimiento y modificación de la Ley N° 17.336, al estudio comparado de los modelos presentados por diversos sistemas jurídicos y a los elementos esenciales que componen la excepción, se concluye lo siguiente:

- a) Que el artículo 71 C significa para Chile la vuelta al Modelo Médico o Biológico, como contraste a lo regulado por la Ley N° 20.422 y lo dispuesto por la Convención.
- b) Que la norma se presenta como una excepción de carácter amplio, manifestado en la idea de incluir todas las discapacidades que impidan el acceso a las obras, la consideración de un modelo amplio de beneficiario y la inclusión de todo tipo de obras para ser explotadas en el contexto de la norma.
- c) Que el carácter amplio de la excepción chilena no ha sido recogida en el derecho comparado, dado que la mayoría de los países busca regular extensamente los actos permitidos y el perfil de sus beneficiarios.
- d) Que el modelo de sujeto autorizado que propone el Tratado de Marrakech es cerrado en comparación al presentado por la norma en estudio, pero que en la eventualidad de incorporar su regulación en la excepción nacional o establecerse como una excepción separada, se convertirá en un buen complemento que incremente el catálogo de ejemplares accesibles.
- e) Que en contexto de legislación comparada los modelos de explotador ofrecidos por países con distintas miradas de la discapacidad y de diferentes tradiciones jurídicas no difieren en gran manera.
- f) Que el elemento que hace la diferencia entre las diferentes excepciones tomadas del derecho comparado para el análisis en la presente investigación, es la identificación del obstáculo que impide el acceso al contenido de las obras.
- g) Que en la excepción intervienen dos personas claramente diferenciadas, el beneficiario que explota la obra y el destinatario que se beneficia del resultado de esa explotación.
- h) Que el impedimento que obstaculiza el acceso normal a las obras protegidas corresponde a la discapacidad que tiene una persona.

- i) Que los medios y procedimientos, son elementos especiales a través de los cuales se consigue el acceso del contenido de una obra a PCD en las mismas condiciones que lo hace una persona sin discapacidad.
- j) Que la ausencia de fin comercial, apunta a evitar explotaciones comerciales encubiertas, independientemente si con la explotación se obtienen beneficios económicos, debiendo probar el destino de los recursos recaudados en función de la utilización para determinar la existencia del lucro.
- k) Que el vínculo entre la explotación y el impedimento, es uno de los elementos esenciales de la excepción que permite dar eficacia a la norma, funcionando como una garantía que asegura el acceso al contenido de las obras por parte de PCD
- l) Que la exclusividad de los destinatarios no es absoluta, ya que pueden acceder al producto de las utilidades personas que no padecen de discapacidad, en tanto acceden en su rol de acompañantes, asistentes o agentes de la actividad productiva.
- m) Que la existencia real y potencial de personas con discapacidad, depende de la explotación a que se refiere.
- n) Que los requisitos que apuntan a la exclusividad de PCD como destinatarios de las versiones accesibles, implican que el explotador deberá presentar un vínculo ya sea directo o indirecto con sujetos que califiquen como destinatarios de los productos de las explotaciones.
- o) Que los requisitos que apuntan al vínculo entre la explotación y la discapacidad, significan exigir del explotador capacidad técnica para lograr mediante el ejemplar producido el acceso efectivo a PCD, en las mismas condiciones en que puede hacerlo una persona sin discapacidad.
- p) Que, dada la naturaleza de la excepción como autorización legal, la prohibición de explotar con fines comerciales y la constancia de actuar bajo la norma, se traducen en un beneficiario capaz de equilibrar el respeto por la titularidad ajena con los usos autorizados.
- q) Que el modelo presentado por la excepción en estudio, corresponde a una persona natural o jurídica que presente un vínculo directo o indirecto con los destinatarios; capacidad técnica adecuada que permita la producción de versiones accesibles adecuadas para superar el impedimento; y presentar capacidad para equilibrar el uso adecuado de versiones accesibles con el resguardo de los derechos de propiedad intelectual.

Fuentes consultadas

Referencias Legales

1. ALEMANIA. 1965. URHEBERRECHTSGESETZ VOM, septiembre 1965.
2. ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1933. Ley 11.723: Régimen legal de la propiedad intelectual, septiembre 1933.
3. AUSTRALIA. 1968. Copyright Act.
4. CHILE. Ministerio de Educación. 2010. Ley 20.435: Modifica la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, mayo 2010.
5. CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1970. Ley 17.336: Propiedad intelectual, octubre 1970.
6. CHILE. Ministerio de Planificación. 2010. Ley 20.422: Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, febrero 2010.
7. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República, septiembre 2005.
8. ESPAÑA. Ministerio de Cultura. 1996. Ley de Propiedad Intelectual, abril 1996.
9. NACIONES UNIDAS. 2006. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, diciembre 2006.
10. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1999. Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, junio 1999.
11. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL. 2013. Tratado de MARRAKECH: Para facilitar el acceso a las obras publicadas a las personas ciegas, con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, junio 2013.
12. PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 1996. Decreto legislativo N° 822, Ley sobre el derecho de autor, abril 1996.
13. REINO UNIDO. 1988. Copyright, Designs and Patents Act, noviembre 1988.
14. SUECIA. Ministerio de Justicia. 1961. Lag om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk, julio 1961.

Artículos, Revistas y Bibliografía

1. ANTEQUERA PARILLI, RICARDO. 2000. Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ginebra: OMPI.
2. Asociación de Ostomizados. Conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía según la CIDD (Clasificación Internacional de las Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías) de la OMS. [Disponible en línea] <<http://www.asociaciondeostomizados.com/pdf/documentos/diferencia-y-minusvalia.pdf>> [consulta: 10 de diciembre 2019]
3. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley 17.336. Valparaíso. 426p.
4. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Historia de la ley 20.435. Valparaíso. 658p.
5. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Informe De La Comisión De Relaciones Exteriores, recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, que aprueba el “Tratado de Marrakech.” BOLETÍN N° 10.272-10. Valparaíso. 18p.
6. Biblioteca Central para Ciegos. Nosotros. [En línea] <<https://www.bibliociegos.cl/inicio/quienes-somos/>> [Consulta: 02 mayo 2020]
7. CANALES. L MARÍA PAZ. y SOFFIA A MARÍA DEL PILAR. La Regulación de las Medidas Tecnológicas de Protección de los Derechos de Autor y el Dilema del Acceso a la Cultura: ¿Dónde Ubicamos el Justo Equilibrio? En: CERDA SILVA ALBERTO. Acceso a la Cultura y Derecho de Autor. Chile. LOM Ediciones Ltda. Pp. 121-136. [En línea] <<https://www.derechosdigitales.org/wp-content/uploads/libro-acceso-a-la-cultura-y-derechos-de-autor.pdf>> [Consulta 23 noviembre 2022]
8. FLORES BALTER, SOFÍA. 2018. El Carácter Inclusivo de la Norma del Artículo 71 c, para el Acceso de las Personas con Discapacidad Mental a las Obras Intelectuales. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 69p.
9. LUCIE GUIBAULT. ANNA LAWSON. LAURENCE R. HELFER MOLLY K. LAND RUTH L. OKEDIJI JEROMI H. REICHMAN. 2013. Guía del Tratado de MARRAKECH. Unión Mundial de Ciegos. [Disponible en línea] <<http://www.worldblindunion.org/English/our-work/our-priorities/CRPD/WBU%20Guide%20to%20the%20Marrakesh%20Treaty-%20Spanish.docx>> OLIVER, MICHAEL. The Politics of Disablement. A Sociological Approach. United Kingdom, LEIER LEONARD. 146p.
10. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. 2016. Principios Básicos del Derecho de Autor y Conexos. Segunda edición. Ginebra. 40p.

11. POLONIO DE DIOS, GEMA. La Discapacidad Desde la Perspectiva del Estado Social. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Córdoba, Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, 2015.
12. Real Academia Española. 2015. Diccionario de la Lengua Española, vigésimo tercera edición. [Disponible en línea] <<https://dle.rae.es/>>
13. Red clínica. Información sobre hipoacusia. [Disponible en línea] <<https://www.redclinica.cl/plantilla/especialidades/otorrinolaringologia/hipoacusia.aspx>> [02 mayo 2020]
14. SAM RICKETSON. 2003. Estudio Sobre las Limitaciones y Excepciones Relativas al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos en el Entorno Digital. En: COMITÉ PERMANENTE de derecho de autor y derechos conexos: novena sesión, 23 a 27 de junio de 2003. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
15. SANDOVAL LOPEZ RICARDO. 2005. Derecho Comercial. Actos de Comercio Noción General de Empresa Individual y Colectiva. 5a edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Tomo I, volumen 1.
16. SCHMITZ, C. 2009. Propiedad Intelectual, Dominio Público y Equilibrio de Intereses. Revista Chilena de Derecho. Vol. 36 (2): 343 – 367.
17. SCHUSTER, Santiago. Las Excepciones al Derecho de Autor como Normas Permisivas. Una Revisión Crítica del Derecho de Usuario en el Sistema Normativo de Derecho de Autor. Tesis para Optar al Grado de Doctor en Derecho. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 304p.
18. Servicio Nacional de la Discapacidad. Manual De La Ley #20.422. [Disponible en línea] <<https://www.senadis.gob.cl/download/i/655>>
19. SULLIVAN JUDITT. 2006. Estudio sobre las limitaciones y excepciones en materia de derecho de autor en favor de las personas con discapacidades. En: COMITÉ PERMANENTE de derecho de autor y derechos conexos: Decimoquinta sesión, 11 a 13 de septiembre de 2006. Ginebra, Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
20. VILLARROEL VILLALÓN LUIS. 2014. Excepciones al Derecho de Autor en beneficio de personas en situación de discapacidad visual. Santiago. 43p.
21. Wikipedia. STEPHEN HAWKING – Wikipedia la Enciclopedia Libre. [Disponible en línea] <https://es.wikipedia.org/wiki/Stephen_Hawking> [Consulta: 02 mayo 2020]