



MAT: Iniciativa de norma constitucional
sobre la protección de los derechos de
autores e interpretes

Santiago, 20 de enero de 2021

A : Dra. MARÍA ELISA QUINTEROS
PRESIDENTA DE LA CONVENCIÓN CONSTITUCIONAL

DE : Convencionales Firmantes



En razón de los artículos 81 y siguientes del Reglamento General de la Convención constitucional, nos dirigimos a UD. para presentar la siguiente iniciativa de norma constitucional, sobre “*la protección de los derechos de autores e interpretes*”, conforme a los siguientes fundamentos:

1. ANTECEDENTES

Unos de los principales agentes en la generación, transmisión y preservación de la cultura, en todas sus dimensiones, son los **Autores e Intérpretes**, que desde siempre han contribuido a la producción e intercambio de sus ideas, creaciones y producciones artísticas. Decir **Autor** o **Artista** no sólo es hablar de cultura, identidad o memoria, sino de presente y futuro, ya que las creaciones intelectuales son una clara fuente para la construcción de nuevos significados individuales o colectivos.

El derecho de autor ha sido y sigue siendo la forma que la sociedad encontró para retribuir el trabajo artístico sin la subordinación del creador a ningún tipo de poder que limite su libertad de creación y producción artística. Pero el derecho de autor no sólo es el sustento del creador sino la base esencial que le garantiza el ejercicio de su libertad de expresión en una sociedad democrática de derechos. En suma, el derecho de autor no es el estímulo para el trabajo artístico sino la consecuencia directa del ejercicio de la autonomía creativa del autor-individuo.

Chile posee una larga tradición de protección constitucional del derecho de autor, que comienza en la Carta de 1833¹, a través de una norma incluida en el Capítulo “*De las garantías de la seguridad i propiedad*”, la cual reflejaba en plenitud la concepción imperante en la época sobre su naturaleza jurídica, cuyos antecedentes se ubican más en la Ilustración que en el utilitarismo que expresa en el sistema del *Copyright*.

Artículo 143 de la Constitución de 1833: “*Todo autor o inventor tendrá la propiedad exclusiva de su descubrimiento, o producción, por el tiempo que le concediere la ley; si ésta exigiere su publicación, se dará al inventor la indemnización competente*”.

Con la Constitución del 1925, el texto germinal se mantiene inalterado en su esencia, al consagrarse un verdadero Estado Social de Derecho que se fue perfeccionando hasta 1973, período en el cual el conjunto de las naciones suscribe la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) y el Protocolo de San Salvador (1988), en todos los que el derecho de autor forma parte del catálogo indiscutido de los derechos humanos.

La reforma a la Constitución de 1925 que tuvo una mayor repercusión en la protección del derecho de autor es la de 1967 que incorpora expresamente la noción de función social de la propiedad², al indicar que la ley «*establecerá el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social y hacerla accesible a todos*» (art. 10, N°10), la que, en todo caso, siempre ha formado parte del encuadre constitucional del derecho de autor así como de su configuración legislativa³.

El paso muy relevante de ese período es el abandono del término propiedad intelectual para ser sustituido por el concepto de **derecho de autor** a través de la Ley 9.549, de 21 de enero de 1950, que fija un nuevo plazo de duración del derecho, acto que es secundado en julio de 1955 por los Decretos Supremos N°74 y N°75, que ordenan cumplir y llevar a efecto como leyes de la república la “Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor” y la “Convención Universal sobre Derecho de Autor”.

Artículo 1°, Ley 9.549 de 1950: *El derecho de autor a que se refiere el decreto ley N° 345, de 17 de marzo de 1925, dura la vida del autor y cincuenta años más contados desde la fecha del fallecimiento de éste.*

Este proceso evolutivo, se concreta definitivamente, en el plano legal, con la Ley 17.336, de 1970, que consagrará es su Título I, bajo el rótulo de “**Derecho de Autor**”

¹ En todo caso dos proyectos constitucionales previos ya abordaban esta materia aún cuando no lograron su aprobación final.

² Ley 16.615, del 20 de enero de 1967, que modifica la Constitución Política del Estado.

³ Ya la Constitución de 1833 regulada la expropiación. Lo mismo hizo la del 25. En cuanto a las limitaciones ellas son elementos propios de su configuración a partir de su restricción temporal, así como por el reconocimiento de un catálogo de excepciones, materia de regulación por el legislador.

la protección de los creadores de obras de la inteligencia humana en los dominios literarios artísticos y científicos y como parte de su Título II, la protección de los **Artistas, Intérpretes y Ejecutantes**.

Este itinerario no cambia con la crisis política de 1973 y su ruptura institucional. Corolario de esto es que, en el Acta Constitucional N°3⁴, que derogó el artículo 10 de la Constitución de 1925, el **Derecho de Autor** permanecerá dentro del catálogo de garantías fundamentales bajo su más pertinente denominación, asegurándose a toda persona: “17. *El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. Este derecho comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley*”. Este numeral 17 es el mismo que se lee en el actual artículo 19 N° 25 de la Constitución, salvo un añadido inicial que analizamos más adelante.

Para facilitar el regreso de la democracia, luego del plebiscito del Sí y el No (1988), también por consulta ciudadana del 30 de julio de 1989, es aprobada una reforma constitucional, entre cuyos principales logros estuvo el vigorizar los derechos fundamentales declarando que éstos habrán de ser interpretadas con arreglo a los principios universales de hermenéutica de los derechos humanos (art. 5, Inc. 2º), elevando a lo menos los tratados internacionales sobre derechos humanos a rango constitucional, preeminencia que también adquieren los acuerdos internacionales sobre derecho de autor, que revisaremos luego.

Pero la cúspide de la protección constitucional del derecho de autor se alcanza con la reforma aprobada por la Ley 19.742 de 2001 que elimina la censura y consagra el derecho a la libre creación artística. Para los Autores y Artistas de Chile esta ha sido, sin duda la reforma constitucional mas relevante desde el regreso a la democracia.

En general, la libertad de expresión goza de una relevante protección normativa, «pero se trata de una historia plagada de retrocesos en medio de esos (aparentes) progresos normativos, donde las expresiones artísticas se han visto particularmente afectadas» (Lovera:2010: 157)⁵.

Basta con recordar que el derecho fundamental a la libre creación y circulación de las artes fue incorporado al numeral 25º del artículo 19 por la Ley N° 19.742 (2001) no por un acto de generosidad garantista, sino por estar el Estado obligado hacerlo en cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictada en el caso “*Olmedo Bustos y otros c. Estado de Chile*”, motivado por un conjunto de actos de censura de la película “*La última tentación de*

⁴ Acta Constitucional N° 3 de 1976, De los Derechos y Deberes Constitucionales.

⁵ LOVERA PARMO, Domingo. “El mito de la Libertad de Expresión en la Creación Artística” en *Revista del Derecho* (Valdivia) Vol. XXIII - N° 1 - Julio 2010. Págs. 155-180. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-0950201000100007>.

Cristo" de Martin Scorsese⁶, y su desarrollo deriva precisamente del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y de la amplia lista de Constituciones nacionales que consagran la libertad de creación y de difusión de las artes⁷.

A partir de "*la libertad de crear y difundir las artes*", que la Constitución garantiza, esta dimensión de los derechos culturales se hace justiciable a través del recurso de protección, promoviendo el inicio al desarrollo de un cierto estándar mínimo, a partir del tratamiento jurisprudencial, permitiendo configurar un contenido normativo más amplio de los derechos culturales, lo que es bueno, pero insuficiente.

Digno de citar es el fallo de la CA de Santiago en el caso "Prat y otros con Infante y otros", rol 5681-2002 y 5733-2002 (acumulados) de 16 de abril de 2003, en cuyo texto se señala que los autores y demás personas que estuvieron comprometidas en esa producción, al haberla escrito y difundido, hicieron uso de su libertad de expresión que no puede ser censurada por ningún órgano, sin perjuicio de las eventuales responsabilidades penales o extracontractuales a que pueda dar lugar. La Corte entendió que impedir exhibiciones ulteriores de esta obra, acogiéndolo el recurso presentado, fundado en que la pieza teatral denominada "Prat" contendría referencias contrarias a la honra y dignidad de Arturo Prat, su familia y de los chilenos en general, se incurría en una forma de censura previa, lo que le es vedado por el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Pero la forma en que Chile asegura el acceso a la cultura como derecho humano es deficitaria, no sólo por su poca densidad normativa en la carta fundamental sino porque ella no garantiza el derecho a la cultura de ninguna forma, salvo en cuanto a la dimensión libertaria en el proceso de creación y difusión de las artes que se otorga a toda persona en cuanto autor o artista.

⁶ Véase el voto de prevención del ministro señor **Rodrigo Pica Flores** en STC Rol 8018-19, c. 7, de 30 de julio de 2020. El mismo razonamiento replica en STC Rol 8196-20, c. 7, de la misma fecha. En España el Tribunal Constitucional ha dicho en Sentencia del 16 de marzo de 1981 que los poderes públicos no pueden injerir en el campo de la creación artística, y además deben remover cualquier obstáculo que pueda limitar dicha creación (STC N° 6/1981, de 16 de marzo de 1981. Sala Segunda).

⁷ En el mismo proyecto de ley se mencionan las de **Alemania** (1949: 5.3 - *El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres*), **Brasil** (1988: art. 5. IX – *la libertad de expresar libremente las actividades intelectuales, artísticas, científicas y de comunicación sin sujetarse a previa autorización o censura*), **Colombia** (1991: art. 71- *La búsqueda del conocimiento y la expresión artística son libres*), **España** (1978: Art. 20.1. - *Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*), **Guatemala** (1985: art. 63 - *El Estado garantiza la libre expresión creadora, apoya y estimula al científico, al intelectual y al artista nacional, promoviendo su formación y superación profesional y económica*), **Italia** (1947: art. 3 - *Se garantiza la libertad de ejercicio del arte y la ciencia, así como de su enseñanza*), **Panamá** (1972: art-84 - *El Estado reconoce la individualidad y el valor universal de la obra artística; auspiciará y estimulará a los artistas nacionales divulgando sus obras a través de sistemas de orientación cultural y promoverá a nivel nacional el desarrollo del arte en todas sus manifestaciones mediante instituciones académicas, de divulgación y recreación*), **Perú** (1993: art. 2.8. - *A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión*), y **Uruguay** (1967: art. 33 - *El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley*).

2.COMPROMISOS INTERNACIONALES

Hasta 1950, el país formó parte del sistema interamericano de protección del derecho de autor, de fuerte raigambre formalista, cuyo inicio se ubica en el primer Congreso Sudamericano de Derecho Internacional Privado, en el que se firma el Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística de Montevideo (1889), para concluir, en 1946, en Washington, con la adopción de la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas. Al finalizar la Segunda Guerra Mundial se gesta el objetivo de integrar los dos sistemas imperantes (europeo y panamericano) y para ello se firma en Ginebra, la Convención Universal sobre derecho de autor, cuyo propósito fue servir de puente para favorecer la progresiva entrada de los países de América al Convenio de Berna, a cuya Unión Chile ingresa en 1970.

Actualmente la protección internacional del derecho de autor reposa en tres cuerpos normativos, que obedecen a tres momentos jurídicos especiales en la constante búsqueda de soluciones ante el impacto de nuevas tecnologías sobre las formas de generación, producción y distribución de las creaciones intelectuales. Primero el Convenio de Berna (1886)⁸, revisado sucesivamente hasta el Acta de París de 1971. Segundo el Acuerdo sobre los ADPIC (1994)⁹, que es el resultado de los trabajos emprendidos en el GATT. Por último, el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (1996)¹⁰, que cimenta las bases para la regulación del uso de las obras a través de redes digitales.

En cuanto a los derechos de los artistas éstos son cuatro, a saber, la Convención de Roma (1961)¹¹, el Acuerdo sobre los ADPIC (1994), el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996)¹² y el Tratado de Beijing sobre Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales (2012)¹³.

Como ya vimos, la evolución descrita corre paralela con la progresiva consagración del derecho de autor en el sistema mundial de derechos humanos que se instala a partir de las Declaraciones Americana (1948 - art. XIII) y Universal (1948 - art. 27) que encuadran, en similares términos, el “derecho [de toda persona] a la protección

⁸ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito en París el 24 de julio de 1971, promulgado por el DS N°266, de 1975.

⁹ Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, que corresponde al Anexo 1C, del “Acuerdo de Marrakech”, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, adoptado en 1994, y promulgado por DS N°16, de 1996.

¹⁰ Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor, adoptado en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, promulgado por el DS N°270, de 2003.

¹¹ Convención International sobre Protección de los Artistas, Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, suscribió el 26 de octubre de 1961, en Roma, Italia, promulgado por DS N°390, de 1974.

¹² Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado en la Conferencia Diplomática celebrada en Ginebra del 2 al 20 de diciembre de 1996, promulgado por el DS N°139, de 2003.

¹³ Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre la Protección de las Interpretaciones y Ejecuciones Audiovisuales, adoptado en la Conferencia Diplomática celebrada en Beijing el 24 de junio de 2012, ratificado por Chile en el 2014, aún pendiente de publicación.

de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas o artísticas de que sea autor”.

Preámbulo [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - 1948] *Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría. Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu.*

Sabemos que ambas Declaraciones no son vinculantes, pero sirven de base para constituirse en costumbre internacional y como complemento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en cuyo artículo 15, párrafo 1, letra c) se lee: “*Los Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a: “c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.*

Este artículo 15 codifica en estrecha relación tres derechos universales, indivisibles e interdependientes: (i) *el derecho a participar en la vida cultural*, (ii) *el derecho a tener acceso y gozar del progreso cultural y científico* y (iii) *el derecho de gozar de protección por ser autor de producciones científicas, literarias o artísticas*, los que se deben aplicar a todos y en cualquier lugar, bajo la convicción de que, la **condición de persona** es el único requisito para la dignidad y titularidad de estos derechos.

Esta misma triada de derechos se vuelven a reforzar en el Protocolo de San Salvador, adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, en su décimo octavo periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde 1999, acuerdo suscripto por Chile y que es imperioso ratificar para su plena vigencia en país, pues desde el momento de su aprobación legislativa éste pasará a ser obligatorio para todas las autoridades nacionales y su inobservancia puede dar lugar a reclamos de los particulares ante los tribunales.

Artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura [PROTOCOLO DE SAN SALVADOR]¹⁴. 1. *Los Estados parte en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a: (...) c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

¹⁴ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Adoptado por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), en su décimo octavo periodo ordinario de sesiones, en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988

3. CONTENIDO MÍNIMO PROTEGIDO UNIVERSALMENTE

El derecho de autor definido tanto en el PIDESC (art 15) como en el Protocolo de San Salvador (art.14), posee una cuádruple dimensión.

Un Derecho humano: El reconocimiento del derecho subjetivo de autor se estructura como un derecho humano.

La Persona como titularidad del derecho: A partir del encabezamiento de ambas normas los tratados reconocen el derecho a todas las personas por el sólo hecho de ser seres humanos, sin distinción alguna. En este sentido la centralidad de la persona en el reconocimiento del derecho es de suyo esencial y hace que el sistema legal deba estructurar su contenido a partir de las actividades del creador o artista, sea esta en forma individual o colectiva.

Libertad de Crear y Difundir: Esto implica valorar la libertad personal de cada individuo de creación y en cuanto forma y compromiso para la producción, promoción y preservación de los bienes culturales como contribución fundamental a la vida cultural del país, de las personas que sean creadoras o artistas.

Intereses morales y materiales: El contenido normativo comprende una doble dimensión de la protección ya no sólo centrada en la explotación económica de la creación o producción artística sino principalmente en el vínculo personal que surge en todo proceso creativo entre el autor y su obra y el artista sobre su interpretación individual y única.

Desde esta perspectiva, la configuración constitucional del derecho de autor que se plantea es plenamente coincidente con el mandato asumido en estos acuerdos ya que la protección garantizada al autor en éstos refiere no se limita al aspecto patrimoniales como fue originalmente, sino que también alcanza a la esencial libertad para crear y difundir las artes, cuestión que deriva en un derecho principalmente cultural, además de la protección a los intereses morales del creador sobre su obra y del artista sobre su interpretación, derechos de naturaleza personal.

4. CONSTITUCIONALISMO DEL DERECHO DE AUTOR EN OTROS PAÍSES

La constitucionalización del derecho de autor en Latinoamérica ha sido muy amplia, incluso mayor que en el resto del mundo, aún que el sistema jurídico imperante exhibe un dispar tratamiento en los distintos códigos políticos. Esta tendencia de incluirlo como garantía constitucional se inaugura en el período de las revoluciones independentistas con la Constitución Política del Estado Libre e Independiente de Cundinamarca, en 1811.

Artículo 18. Constitución de Cundinamarca – 1811. *Igualmente garantiza a todo ciudadano la libertad perfecta en su agricultura, industria y comercio, sin más restricción que la de los privilegios temporales en los nuevos inventos a favor de los inventores, o de los que lo sean respecto de esta provincia, introduciendo en ella establecimientos de importancia, y de las obras de ingenio a favor de sus autores.*

Desde ese instante declaraciones como ésta se comienzan a reproducir en varios proyectos y ensayos constitucionales, ya sea con motivo de la **distribución de competencias** en materia legislativa, especialmente en aquellas Cartas que prevén regímenes federales u otras organizaciones territoriales de carácter descentralizada, o bien, para reconocerle el carácter de **garantía constitucional**, concebida primero como privilegio, luego como una propiedad especial o propiedad literaria y artística, para asentarse finalmente como un derecho de autor y de artista independiente, sin perjuicio de la necesaria complementariedad con los demás derechos de su misma categoría.

4.1 Reconocimiento como Derecho Fundamental.

En la actualidad, la totalidad de las constituciones de los 20 países de América Latina contienen dispositivos normativos que aluden al derecho de autor y otras tantas lo tienen en el resto del mundo, incluso varias de ellas lo hacen precisamente reconociéndolo como tal: **Derecho de Autor** (Alemania, Brasil, Chile, Cuba, Ecuador y Uruguay), en otras es señalado como “*propiedad intelectual*¹⁵” (Colombia, España, Nicaragua, Unión Europea) “*propiedad exclusiva*” (Argentina, Costa Rica, Guatemala, Honduras, Panamá, República Dominicana) o “*propiedad literaria y artística*” (Haití y Perú). No faltan casos en los cuales se utilicen más de una de estas expresiones (El Salvador, Paraguay, Venezuela).

La excepción se da en la Constitución de México que utiliza en el desarrollo del derecho, la expresión “*privilegio*¹⁶” para referirse al conjunto de derechos concedidos a los autores, que luego en la norma sobre competencia legislativa denomina “*derechos de autor y otras figuras de la propiedad intelectual relacionadas con la misma*”. La expresión privilegio, casi en desuso, se emplea también por otras, en algunos casos como sinónimo de propiedad intelectual (Colombia y Honduras), pero también con un alcance más restringido para referirse a la propiedad industrial (Argentina, Brasil y El Salvador).

¹⁵ El término **propiedad intelectual** no necesariamente tiene hoy en día la nota distintiva de la propiedad dominical, sino uno más alejado al concepto de dominio, ya que mediante él se pretende describir a un conjunto de derechos subjetivos que recaen sobre bienes inmateriales, productos de la creación del intelecto humano, y que los ordenamientos jurídicos atribuyen precisamente a los autores, artistas e inventores. Este es el alcance que el Convenio de Estocolmo asigna a este término en su artículo 2º, párr. vii). A él también se refiere la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2016/C 202/02) que, en su artículo 17, apartado 2, cuando hace referencia explícita a la protección de la propiedad intelectual, que abarca, además de la propiedad literaria y artística, el derecho de patentes y marcas y los derechos conexos.

¹⁶ Un **privilegio** no es un derecho sino una ventaja o una prerrogativa especial de que goza una persona o grupo de personas, concedida de forma excepcional por la autoridad.

Una forma de reconocimiento, que podríamos denominar indirecto, se encuentra en algunos textos constitucionales que consagran el sistema federal, que distribuyen competencia, en determinadas materias, entre los órganos federales y regionales, tal como sucede en la Constitución Alemana de 1949 cuyo artículo 73, párrafo (1), señala que “corresponde a la Federación la legislación exclusiva en las siguientes materias: (...) 9. la protección de la propiedad industrial, los derechos de autor y los derechos de edición”. Lo mismo acontece en las constituciones de Canadá¹⁷, España¹⁸ y EE. UU.¹⁹, por mencionar algunas a modo de ejemplo.

Como es de esperar, normas similares se encuentran en los países de América Latina que han adoptado el sistema federal (Argentina, Brasil, México, Venezuela) todas las cuales depositan la facultad de legislar en materia de derecho de autor en la Asamblea o Congreso nacional. Pero llama la atención que la misma clase de disposición se encuentra además las Cartas de países no federales, tal vez ello se deba a que alguna vez en su historia optaron por dicho modelo y conservan aun esa norma, o bien esta cláusula de distribución competencial fue tomada de constituciones federales que sirvieron de fuente para sus actuales normas (Colombia, Costa Rica, El Salvador, Honduras).

Claro que en todos estos casos esta norma administrativa posee un valor secundario, ya que la verdadera consagración del derecho de autor se encuentra en las cláusulas sustantivas que consagran los derechos y garantías fundamentales.

4.2.- Contenido del Derecho de Autor.

En cuanto a su extensión, y derivado de lo anterior, la totalidad de las constituciones consagran la protección de las facultades patrimoniales de los creadores, de forma similar a la propiedad privada en general. Por tanto, ellas también se hayan sujetas a la función social de la propiedad, admitiendo limitaciones y excepciones que la ley expresamente contemple, pudiendo incluso ser objeto de expropiación por causa de utilidad pública calificada por la ley, siempre que se garantice al titular el pago de una indemnización (*i.e.*, Argentina y Chile).

En cuanto a las facultades morales de autor, muy pocas refieren a ellas expresamente (Chile y Ecuador). Ecuador lo hace en iguales términos que los tratado y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos, en cambio Chile lo hace individualizando los atributos que estas facultades entregan (paternidad, divulgación e integridad). En el resto de las constituciones las facultades no patrimoniales resultan ser garantías implícitas a partir del uso de los términos “derecho de autor” o “propiedad intelectual” en los cuales ellas son parte

¹⁷ Véase el artículo 9, números 22 y 23 de las Leyes Constitucionales (1867-1982).

¹⁸ Véase el artículo 149, párrafo 1, número 9, de la Constitución Española de 1978.

¹⁹ Véase el artículo 1, sección 8, párrafo 8 de la Constitución de los EE. UU, de 1787.

esencial del derecho (Colombia, Cuba, El Salvador, Guatemala, Haití, Nicaragua, Paraguay y Uruguay).

El desarrollo del contenido del derecho de autor normalmente queda entregado a la ley, pero ciertas constituciones entregan, además, su configuración a los tratados internacionales sobre la materia por ellos suscritos (Cuba, Guatemala y Venezuela). Sólo la carta de Brasil enumera los atributos patrimoniales cuando señala que “*los autores tendrán el derecho exclusivo de uso, publicación o reproducción de sus obras*”²⁰.

En cuanto al carácter temporal del derecho la mayoría de ellas lo consignan expresamente (Brasil, Colombia, Costa Rica, El Salvador, México, Panamá, República Dominicana), pero la única que garantiza un plazo mínimo es la de Chile, siendo este la vida del autor, el que resulta implícito en el resto de las cartas fundamentales, más aún en aquellas en que la configuración del derecho también es dada por los tratados internacionales (Cuba, Guatemala y Venezuela), si se tiene presente que el Convenio de Berna expresamente establece como base de la protección “*la vida del autor*” y construye la vigencia temporal de éste en favor de los herederos, legatarios o cesionarios a partir de la muerte del creador (art. 7, apartado 1).

4.3.- Relación con otros Derechos Fundamentales.

Como antes se señaló los derechos humanos son universales, indivisibles, interrelacionados e interdependientes. Que sean **interdependientes** significa que el conjunto de estos derechos no puede disfrutarse plenamente sin los otros²¹. Esta característica en especial ha inducido a que el derecho de autor sea regulado en forma conjunta con otros derechos, afectando a veces la nitidez de su configuración, e incluso ha permitido entender a algunos, de buena fe o con otras intenciones, como subordinado o preferente uno del otros.

La habitual asociación del derecho de autor ha sido con el derecho de propiedad (Argentina, El Salvador y Unión Europea), aun cuando la más común hoy en día es con los derechos de invención, marcas y patentes o propiedad industrial, ya sea considerando a ambos como uno sólo todo, al utilizar el concepto amplio de propiedad intelectual (Colombia, Unión Europea), o simplemente como parte de una misma norma, pero sin pérdida de la identidad de cada cual (Argentina, Costa Rica, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua²², Panamá, Paraguay, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), en las demás el derecho de autor se

²⁰ Véase el artículo 5º, párrafo XXVII. [NOTA 4](#).

²¹ <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx>

²² Véase el artículo 762 del Código Civil de Nicaragua: «Todo autor, artista, productor fonográfico o inventor goza de la propiedad de su obra, prestación, fonograma o de su invención por el tiempo que determine la legislación especial y, en su defecto, este Código.»

consagra en una norma independiente (Brasil, Cuba, Ecuador, El Salvador, Haití, Perú)²³.

En los últimos años, en algunas Cartas fundamentales han pretendido destacar la proximidad del derecho de autor con los denominados derechos culturales. El origen de ella se encuentra en las declaraciones y tratados en materia de derechos humanos y principalmente en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el cual se reconoce a toda persona el derecho a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, en forma contigua al derecho de autor, proximidad o afinidad que en ningún momento debe confundirse con prelación o dependencia (Chile y Ecuador).

4.4.- Cláusula del progreso de las artes y la ciencia útiles.

La influencia de la Constitución de los EE. UU., de 1787, en las primeras constituciones de América Latina ha sido ampliamente registrada a través de varios estudios, y esa influencia se dejó sentir, también, en materia de protección de los derechos de autor en varias oportunidades, no obstante, hoy la totalidad de las legislaciones de este continente se adscriben al sistema continental europeo y no al modelo de protección que ofrece el sistema de copyright, como se observará.

Primero, recordemos que la referida Constitución otorga al Congreso la facultad “[p]ara fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles, garantizando a los autores e inventores, por tiempo limitado, el derecho exclusivo al usufructo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos” (Art. I, Secc. 8, párr. 8). En este sentido, la norma es absolutamente clara en registrar que ella se apoya en una visión netamente económica-utilitarista que parte de la premisa de la libre utilización de las ideas y de la libertad de industria y comercio, por lo que el nacimiento del sistema del Copyright y del derecho de patentes norteamericano, tiene un fin distinto que la mera protección de los intereses materiales y morales del autor o inventor, ya que la protección concedida es un medio para “fomentar el progreso de la ciencia y las artes útiles”. En este sentido el Copyright es una concesión de derechos exclusivos y temporales a los autores sólo si ello sirve para el incremento de las ciencias y las artes útiles.

Como vemos la Constitución de los EE. UU., no consagra directamente la protección de la propiedad intelectual o el derecho de autor sino sólo otorga competencia al Congreso para hacerlo en el caso que la misma norma contempla. En este sentido estamos ante una norma que consagre derechos subjetivos de naturaleza

²³ En tres constituciones se alude al vínculo que existiría entre derecho de autor y monopolio, cuyas prácticas son prohibidas a instancia de la misma norma, para esclarecer a continuación que “los privilegios temporales” que se conceden a autores o inventores para explotar exclusivamente sus obras o invenciones no se considerarán tales (Colombia, México, Honduras). El sentido de este tipo de norma es proteger la libre competencia y prohibir las situaciones de abuso de poder monopólico por parte de ciertos agentes del mercado. Estas normas, cada vez menos frecuentes, tienen como premisa que los derechos exclusivos de autor no son tales, sino que importan, desde el punto de vista económico, la instauración de un monopolio de explotación. Esta explicación, sumamente discutida, es una reminiscencia a los sistemas de privilegios de invención y de publicación que no otorgaban propiedad sobre el bien, en el sentido liberal, ni menos un derecho cuando se concedían arbitrariamente.

humanos sino sólo ante una norma constitucional programática, que son aquellas reglas incluidas en la Constitución que carecen de eficacia directa y solo establece criterios de actuación para el legislador ordinario. (Diccionario Panhispánico del español Jurídico RAE)

No cabe duda que muchas de las primeras constituciones de los países de América Latina abrazaron la teoría utilitarista, sin embargo ella ha sido abandonada definitivamente por todos, a partir de mediados del siglo XX, una vez que se acuerda la Convención de Washington (1946) y se aprueba la Convención Universal sobre Derecho de Autor (1952) lo cual acontece en forma coetánea a la suscripción de las Declaraciones Americana y Universal de los derechos humanos (1948), que adhiere en plenitud a un sistema de protección basado en el concepto de un derecho de autor de carácter personal cuyo acatamiento universal viene dado precisamente por los tratados sobre derechos humanos aprobados posteriormente²⁴.

4. NORMA PROPUESTA

Si el parámetro para medir el actual nivel de protección que la Constitución da a los derechos de autor en Chile es el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que exige como mínimo de protección el reconocer el derecho de toda persona a “*beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”, deberíamos señalar enfáticamente que nuestro país está comprometido a otorgar a los autores un nivel muy acorde con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido para alcanzar un nivel, sino óptimo, acorde con los compromisos internacionales adquirido por el Estado la nueva Constitución debe consagrar que los autores y artistas gozarán:

- (a) de un derecho individual;
- (b) centrado en la persona del creador o artista;
- (c) que garantice a toda persona su libertad de crear y difundir su arte;

²⁴ Sin embargo, no obstante ser absolutamente clara este tránsito hacia el derecho de autor como un derecho personal e individual de contenido moral y económico, no pocas constituciones exhiben aún disposiciones que aluden a la finalidad utilitaria de la protección dada a los autores, cuyo alcance cabe precisar, sobre todo para sopesar si el mandato al Congreso de conceder “derechos exclusivos”, tiene como justificación la persona del creador o sólo en el fomento de la industria y las artes útiles.

De la lectura de los artículos correspondientes encontramos que las constituciones que incluyen esta cláusula de progreso se ubican en dos situaciones. Para algunas la finalidad utilitaria sólo queda establecida para las patentes de invención y no así para los derechos de autor (Argentina, Colombia, México), subsistiendo el dilema sólo respecto de la propiedad industrial y no en el derecho de autor, cuestión que ya ha sido confirmada por la jurisprudencia de los tribunales superiores de estos países. Para otras, la cláusula de progreso de las artes se mantiene aún vigente para los derechos de autor (Costa Rica [art. 121], El Salvador [art. 131], Honduras [art. 205]), sin embargo desconocemos cual ha sido la interpretación que la jurisprudencia a dado en estos países frente a esta evidente contradicción en la Constitución que por una parte consagra el derecho de autor como un derecho exclusivo de similares características al de propiedad con esta norma que lo califica de premio, privilegio o recompensa que el Congreso otorga a los autores frente a sus creaciones que se consideren útiles para el bien común, sin atender a la relación personal de la obra con su titular original: el autor.

Véanse las sentencias de Corte Constitucional de Colombia C- 519-1999 y C-833 de 2007; de Argentina L. N° 601.180 - "P. H. L. c/ T. L. M. s/ daños y perjuicios" – CNCIV – SALA A – 02/10/2012, voto de los Dres. RICARDO LI ROSI -SEBASTIÁN PICASSO - HUGO MOLTENI, y de México SCJN registro digital: 26418 Segunda Sala amparo en revisión 1136/2015. 2 de marzo de 2016.

- (d) que garantice protección tanto de sus intereses morales como patrimoniales;
- (e) por el tiempo que establezca en la ley y que no podrá ser inferior a la vida de su titular original, y
- (f) que sea perfectamente justiciable, esto es que se puede recurrir de tutela ante los tribunales de justicia, principalmente por medio del recurso de protección, así como también por medio de otras acciones especiales prevista en la ley sobre la materia, y demás generales que le son aplicable.

En razón de lo anterior, las y los convencionales firmantes proponen la siguiente redacción de norma:

Artículo [...].- La Constitución, a través de los órganos y autoridades en ella establecidos, asegura y garantiza a todos las personas como derecho directamente aplicable:

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

El derecho de autor y el derecho de intérprete comprenden la propiedad de la obra o prestación artística y los derechos de paternidad, divulgación e integridad de ellas, en conformidad a la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones e interpretaciones intelectuales y artísticas las garantías y limitaciones, que derivan de su función social, que esta Constitución establece a la propiedad en general.

PATROCINAN

A handwritten signature in black ink, appearing to read "MIGUEL ANGEL BOTTO". Above the signature, there is a small blue mark resembling a stylized letter 'M' or a logo.

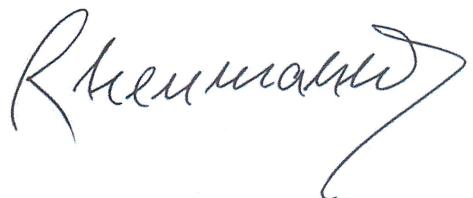
MIGUEL ANGEL BOTTO
RUT: 12.088.379 - 8



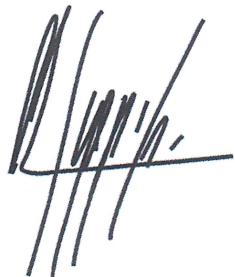
FUAD CHAHIN
RUT:



MARCOS BARRAZA
RUT: 10.791.380 - 7



RICARDO NEUMANN



ANGÉLICA TEPPER
RUT: 8.387.037 - 0



Fernando Arias
10470542 - 1



CAROLINA VIDELA
RUT: 10.516.775-K



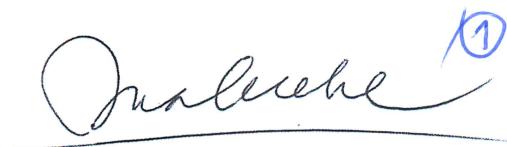
PATRICIA POLITZER
RUT: 6.068.495 - 2



FELIPE HARBOE
RUT: 8.826.664-1



BÁRBARA SEPÚLVEDA
RUT: 16.097.504 - 0



MALUCHA PINTO SOLARI
RUT: 4.608.207 - 9



PATRICIO FERNANDEZ
RUT: 7.011.005-9



GIOVANNA GRANDÓN CARO
RUT: 12.888.957 -4



Elisa Loncon Antileo
RUN 9.209.969-5

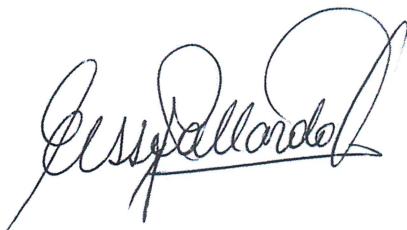
ADHIEREN



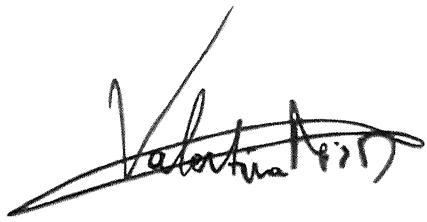
BENITO BARANDA
RUT: 7.563.691-1



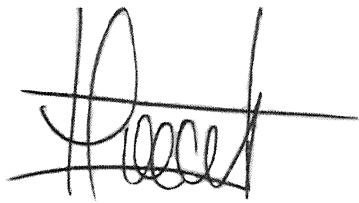
NICOLÁS NÚÑEZ
RUT: 16.621.552 - 8



BESSY GALLARDO
RUT: 15.844.164 - 0



VALENTINA MIRANDA
RUT: 20.389.625 - 5



HERNÁN VELÁSQUEZ
RUT: 10.409.318 - 3