

Derechos de autor y derechos conexos como herramientas estratégicas
para avanzar hacia una Sociedad del Conocimiento.
El Caso de Chile.

Claudio Patricio Ossa Rojas.

Capítulo 1º.- Introducción.

La Sociedad de la Información, en que la interconexión en red resulta esencial para su funcionamiento, plantea una serie de desafíos y oportunidades para los modelos asociados con la creación, distribución y manipulación de la información que forman parte importante de las actividades culturales y económicas.

Sin duda, somos actores y testigos privilegiados de un periodo de grandes cambios, no solo por los avances y bondades asociados al uso de tecnologías de avanzada, sino que también por los alcances o efectos, que dichos cambios aportarán a nuestras vidas y a las de las generaciones futuras.

Uno de los aspectos inquietantes de la Sociedad de la Información se refiere a que algunas de las antiguas brechas sociales, esencialmente influenciadas por la desigual distribución de la riqueza, resultan replicadas y, aparentemente, amplificadas en el entorno digital. Hay evidentes brechas tecnológicas y sociales entre los miembros de la comunidad nacional e internacional. A pesar de las ventajas asociadas a las nuevas tecnologías, estas brechas aun no se logran acortar con efectividad, sino que muy por el contrario, parecen profundizarse. Así, no nos pueden dejar indiferentes la diferencia abismal que existe entre los ciudadanos de países "alfabetizados digitalmente" y los de aquellos que, inclusive en el siglo XXI, no logran superar no sólo las limitantes de la falta de acceso a la conectividad mínima, básica para ser parte de esta nueva sociedad en red, sino que ni siquiera han logrado solucionar situaciones propias del analfabetismo tradicional, es ahí donde tenemos que reconocer que existen una gran cantidad de necesidades y tareas pendientes, donde el tremendo desafío es dedicarse a resolverlas en forma inmediata, para poder ser parte de las oportunidades que se nos ofrecen, en una forma equitativa.

Las ciencias jurídicas no permanecen ajenas a estos avances y respecto de ellas surgen una serie de interrogantes en cuanto a su capacidad de adaptación. Los diferentes niveles de mejoramiento continuo en la enseñanza del Derecho y la profundidad del tratamiento doctrinal que se viven al interior de cada país, están afectando el ritmo en que se deben efectuar las gestiones de adecuación legislativa, esenciales para modificar algunos tópicos normativos dentro de las áreas de desarrollo general y otros relativos a materias de alta especialidad, todo lo cual es altamente necesario para enfrentar los niveles de competencia global.

Por su parte, los ciudadanos también han encontrado una vía poderosa y efectiva en la asociatividad, haciendo sentir sus voces a través de un conjunto de organizaciones no gubernamentales que interactúan en un ambiente determinado, las agrupaciones de la sociedad civil. Si bien, estas

organizaciones no son necesariamente de carácter político, van adquiriendo cada vez más protagonismo pues, suelen actuar ejerciendo influencia en la sociedad o en la política.

Los distintos sectores involucrados en la sociedad, esperan que las normas que los rigen se vayan generando o adecuando de manera que les permita a todos actuar en el tráfico jurídico con una velocidad de reacción, seguridad y certeza que opere en paralelo con los avances tecnológicos. La realidad nos demuestra que, hasta ahora, esa aspiración ciudadana resulta del todo ajena al comportamiento de quienes deben generar las normas dentro de un sistema jurídico, inserto en un Estado de Derecho.

El presente análisis, lo enfocaremos en los mayores desafíos que aparecen respecto del tratamiento jurídico de determinados sujetos y objetos específicos de regulación y los intereses generales del grupo social al que pertenecen. Parece especialmente interesante, analizar cómo estamos reaccionando ante todos estos cambios en nuestro país, y si las acciones adoptadas resultan eficientes dentro del escenario internacional frente a los desafíos que impone avanzar desde la Sociedad de la Información hacia el ideal de una Sociedad Global del Conocimiento, en particular poder dilucidar si estamos haciendo bien las cosas o se debe cambiar el rumbo de navegación, de acuerdo con los objetivos señalados en particular, en ámbitos tan sensibles como es el campo de la regulación de la Propiedad Intelectual.

Dentro de la Propiedad Intelectual, uno de los tópicos de más frecuente discusión, en este complejo escenario, se refiere a la incidencia que están teniendo las nuevas tecnologías en el área de los derechos de autor y los derechos conexos, creando una incertidumbre difícil de clarificar en todos los sectores interesados y gran cantidad de interrogantes en los propios profesionales del Derecho dedicados a estas materias.

La diversidad de interrogantes que surgen, tanto en lo cultural, económico y en los aspectos jurídicos, deberán ser resueltas por nuestro país considerando las aspiraciones de sus ciudadanos, sus creadores y artistas, sus industrias culturales, el sector académico y la realidad de las PYMES. Todos estos protagonistas generan una compleja ecuación por resolver, máxime si a este cóctel de aspiraciones y demandas sectoriales se agrega la acelerada inserción de Chile en el escenario mundial, al suscribir múltiples Tratados Internacionales de avanzada, que comprometen al país en una serie de obligaciones y derechos vinculados con nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones y que nos permitirán ir avanzando, cada vez más y a pasos agigantados, hacia la concreción de nuestra apertura comercial desde distintos frentes asociativos hacia el entorno global.

El diagnóstico inicial es que existe un "desafío-país", que por una parte nos exige avanzar hacia la generación de las mejores fórmulas en dos frentes prioritarios, uno se ubica en el área educativa y el otro en materia de normativas. Lo anterior, significa promover la importancia de todos los procesos asociados con la creación de las obras intelectuales y perfeccionar las reglas que en su conjunto permitan su debida valoración y protección.

El tratamiento de estas materias, requiere un doble esfuerzo. Por una parte se requiere generar un sentido de responsabilidad en todo ciudadano que, como parte fundamental de una sociedad, valore la necesidad de proteger y difundir las obras, prestaciones artísticas, producciones culturales y emisiones de los organismos de radiodifusión, tanto las que se produzcan bajo su propio entorno como las que se generan dentro de la comunidad internacional. Como contrapartida, hay que entregar a ese ciudadano las herramientas que le permitan conocer y proteger a su vez sus derechos como consumidor, esto es, logrando una situación de equilibrio entre la protección dada a los titulares de derechos de propiedad intelectual y las posibilidades de acceso y difusión del conocimiento.

A su vez, este tema del equilibrio no es algo menor para las actividades comerciales de Chile pues, hay que responder a diversos compromisos internacionales, adoptados con múltiples socios o protagonistas de la comunidad internacional, que abordan estos temas con la óptica que les resulta más adecuada a sus intereses, según la realidad que les toca vivir. Con ello, nuestro país queda obligado a tener que buscar y encontrar puntos de equilibrio a nivel interno y externo, debiendo obtener denominadores comunes, que permitan balancear y promediar los distintos enfoques culturales y económicos que asume cada Estado.

Atendido lo anterior, es importante dimensionar la relevancia económica y cultural que tienen actividades tan importantes como las desarrolladas por las denominadas industrias culturales¹. Ello, permite comprender el valor estratégico que tienen para el desarrollo dentro de cada país y ayudan a que

¹ La UNESCO, define a las industrias culturales como "aquellas industrias cuyos bienes y servicios culturales son producidos, reproducidos, conservados y difundidos según criterios industriales y comerciales, es decir, en serie y aplicando estrategias de carácter económico"

Dentro del ordenamiento jurídico chileno, en el texto del Tratado de Libre Comercio entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de Canadá, contempla en su Capítulo O relativo a "Otras disposiciones" en su artículo O-07 una definición de industrias culturales señalando que significa "toda persona que lleve a cabo cualquiera de las siguientes actividades:

(a) la publicación, distribución o venta de libros, revistas, publicaciones periódicas o diarios impresos o legibles por medio de máquina, pero no incluye la actividad aislada de impresión ni de composición tipográfica, de ninguna de las anteriores; (b) la producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de películas o video; (c) la producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de música en audio o video; (d) la publicación, distribución o venta de música impresa o legible por medio de máquina; o (e) las radiocomunicaciones en las cuales las transmisiones tengan el objeto de ser recibidas directamente por el público en general, así como todas las actividades relacionadas con la radio, televisión y transmisión por cable y los servicios de programación de satélites y redes de transmisión."

el ciudadano tenga una mejor valoración de las actividades creadoras y de la cultura como bienes superiores, colaborando a superar la apreciación sesgada de tratarse de actividades vinculadas con el mero resguardo de productos o servicios de consumo.

Desde un punto de vista práctico, la falta de respeto y reconocimiento que un país tenga hacia la propiedad intelectual constituye un error estratégico, que puede ser de alto costo para su desarrollo y su seguridad. Más aun, si se consiente el desinterés popular por su protección ello genera efectos adversos para los ciudadanos y que se convierte para el propio Estado en una seria amenaza de altos grados de dependencia tecnológica y falta de competitividad internacional.

Para los creadores e industrias culturales, las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, vinculadas a la informática y las comunicaciones, les generan grandes expectativas para optimizar sus actividades vinculadas con la creatividad, ofrecen canales que permiten aumentar la oferta y el acceso a nuevas formas de aprovechamiento de los productos culturales.

Chile ha intentado generar durante las últimas dos décadas un marco normativo actualizado en materia de propiedad intelectual, de acuerdo con los avances experimentados en estas materias dentro del contexto mundial. Adicionalmente, la generación y aplicación de políticas públicas en coordinación con los representantes del sector privado y la sociedad civil ha abierto y enriquecido el debate de cómo mejorar su tratamiento e implementar aquellas modificaciones que aparecen como apremiantes a la hora de mejorar la protección de los derechos de autor y los derechos conexos. Algunos frutos de estos esfuerzos, son las recientes modificaciones legales sobre la materia, ocurridas como reacción frente a las obligaciones asumidas en importantes acuerdos internacionales, todo lo cual, aspiraba al aprovechamiento de oportunidades concretas que facilitarían la proyección de nuestra identidad cultural, asociada a nuestros productos y servicios, más allá de las fronteras de la región americana, incorporándonos a mercados altamente competitivos.

El objetivo del presente trabajo, es partir desde el análisis de los conceptos básicos relacionados con la propiedad intelectual e ir verificando cuál es la situación actual de la protección de tales derechos de los titulares de Derechos de autor y de derechos conexos en Chile, frente al escenario mundial descrito. Fundamentalmente, se buscará llegar a diagnosticar si se ha avanzado en materia de generación de políticas públicas que recojan las inquietudes representadas por los diversos sectores interesados, el grado de ejecución de las mismas y si con ello se ha permitido mejorar la valoración y respeto de tales derechos por la comunidad nacional. Verificaremos cuáles pueden ser los puntos que resulte aconsejable considerar como prioritarios de reforzar en el corto plazo, sin perjuicio de evaluar cuales otros adicionalmente requieren ser mejorados en el mediano plazo, como parte de un mejoramiento continuo del conjunto de normas que regulan la materia. En especial, consideraremos cómo se están enfrentando las necesidades de

generar entornos de acceso lícito a la información, si se están dando a conocer previamente las obligaciones correlativas a los derechos que deberán ser respetados por los usuarios, todo ello con el objeto de evitar así la proliferación de utilizaciones ilegales, como las observadas en el pasado, y así ir superando las posibles trabas que dificultan actualmente el despegue del tráfico jurídico de los bienes intelectuales en el entorno digital. Verificaremos, en tal sentido si las recientes modificaciones se han hecho de forma eficaz y eficiente, sin perder de vista el hecho que se hayan efectuado de acuerdo con lo que nos exigen nuestros compromisos internacionales o, si aun se requiere efectuar ajustes o adecuaciones más concretas, teniendo en cuenta la opinión de quienes representan a nuestros socios comerciales, la existencia de experiencias o fórmulas protectoras innovadoras que se estén proponiendo a nivel internacional y los requerimientos actuales de los titulares de estos derechos y los de los usuarios de productos culturales, todo ello de acuerdo con nuestro Estado de Derecho.

II.- La Propiedad Intelectual.

II.I.- Concepto.

En el Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual² (OMPI) en su art. 2 viii se define qué se entiende por Propiedad Intelectual, señalándose que este concepto comprende “los derechos relativos a:

- las obras literarias, artísticas y científicas,
- las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- los descubrimientos científicos,
- los dibujos y modelos industriales,
- las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- la protección contra la competencia desleal,

y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.

Este amplio espectro de derechos mencionados, hace necesario que se intente distinguir, entre el género de derechos de propiedad intelectual y las especies y subespecies dentro del mismo, así podremos distinguir entre ellas la especie de los denominados “derechos de propiedad industrial” (marcas, patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos y diseños industriales, esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen) y la de los llamados “derechos de autor y conexos” (obras intelectuales, prestaciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de organismos de radiodifusión).

Adicionalmente a la distinción mencionada entre género y especies, debe advertirse que existen diferencias fundamentales entre los sistemas de regulación de estas materias, particularmente atendida la historia constitucional de cada uno de los países. Así, aquellos que mantienen un sistema de protección de los derechos de autor y conexos, están estructurados en torno a la noción del Estado de Derecho, siguiendo el modelo de teorías de origen franco-germánicas, y aquellos que cuentan con el sistema del “copyright” se vinculan con la noción angloamericana del “Rule of Law” y la tradición jurídica del Common Law.

² Publicado en el Diario Oficial N° 29.159 de 23 de mayo de 1975.

El modelo del derecho de autor o de teoría franco-germánica, se funda en teorías personalistas o al menos dualistas para justificar el derecho de autor. En él, el autor es la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica. Sobre el fruto de su creación tiene dos tipos de derechos, por una parte los derechos morales que son inalienables, irrenunciables, inembargables, inejecutables, inexpropiables e insubrogables (paternidad, integridad, inédito o divulgación y retracto³) y por otra los derechos patrimoniales que son enajenables (publicación, reproducción, adaptación o transformación, comunicación pública distribución, etc.)⁴.

Debe agregarse que, otro tipo de titulares distintos del autor gozan de una protección similar, los artistas, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, en su calidad de titulares de los denominados "derechos vecinos o conexos"⁵, que no serían propiamente derechos de autor pero conceden una protección hoy similar, en su origen de grado menor, sobre las prestaciones de los artistas, las grabaciones fonográficas o audiovisuales y las emisiones de los organismos de radiodifusión.

Por su parte, con el término "copyright", se identifica a los sistemas jurídicos anglosajones en los que la protección se centra más en la obra que en su autor, en ellos se enuncian de una forma genérica los derechos de explotación que corresponden a un determinado titular, estando los derechos morales regulados en el campo de los derechos de la personalidad. No se puede hablar de "copyright" y derechos conexos, dado que el "copyright" comprende a unos y otros. En este sistema las prestaciones artísticas y los fonogramas son objetos de "copyright" y las personas jurídicas pueden ser autores o titulares originarios del copyright.

Las diferencias entre la concepción jurídica angloamericana del copyright y la concepción jurídica continental europea –o latina- del derecho de autor determinan que ambas denominaciones no sean por completo equivalentes, si bien se ha desarrollado un proceso de gradual acercamiento entre las dos orientaciones, como consecuencia de los efectos armonizadores que sobre las legislaciones nacionales tiene el Convenio de Berna (en el que predomina la concepción continental), así como de los trabajos de uniformación legal que se realizan en el seno de la Comunidad Europea.

En síntesis, en comparación con el derecho de autor latino, el copyright tiene alcances más limitados en cuanto a los derechos subjetivos que reconoce, y más extensos tanto en relación con el objeto de la protección (pues no se limita a las obras de creación que presenten originalidad o individualidad (obras literarias, musicales y artísticas), sino que incluye la protección de los derechos originados en actividades técnico-organizativas que no tienen naturaleza autoral, tales como las que realizan los productores de las grabaciones sonoras (fonogramas) y de films, los organismos de

³ En la ley chilena estos derechos se encuentran en el artículo 14 de la Ley nº 17.336 con excepción del derecho de retracto.

⁴ Según la ley chilena estos derechos son transmisibles por causa de muerte (art. 10) y transferibles por acto entre vivos (art.17).

⁵ Son tratados en el Título II de la Ley nº 17.336. Artículos 65 y ss.

radiodifusión por sus emisiones, las empresas de distribución de programas por cable y los editores de obras impresas por la presentación tipográfica de tales publicaciones.⁶

En Chile, el ordenamiento jurídico acoge el modelo de regulación de los derechos de autor y derechos conexos, siguiendo la teoría franco-germánica, encontrándonos en el terreno de lo que el Código Civil denomina una “especie de propiedad”⁷. Tal modelo opera respecto de un conjunto de bienes caracterizados por su naturaleza inmaterial y con derechos que se vinculan directamente con el desarrollo cultural, científico y tecnológico. Siguiendo las disposiciones del Código Civil, estas materias se encuentran contenidas en una legislación especial, Ley n° 17.336, que ha sido denominada en forma bastante poco precisa como “Ley sobre Propiedad Intelectual”. Estimo que sería conveniente reconsiderar la terminología usada⁸, pues ello no es algo irrelevante, si se considera que la precisión en este simple tipo de detalles, puede facilitar el conocimiento y aplicación que se espera se haga de ella por todos los operadores del sistema jurídico. La crítica que hacemos la fundamos en que esta normativa no trata ningún otro aspecto más allá que los propios de los derechos de autor y derechos conexos. Más aun, reafirma esta convicción el hecho que existe otra ley especial que establece las normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de Propiedad Industrial (marcas, patentes de invención, modelos de utilidad, dibujos y diseños industriales, esquemas de trazado o topografías de circuitos integrados, indicaciones geográficas y denominaciones de origen)⁹. Es por ello que sería conveniente, para evitar el desorden y desconocimiento general de tales materias, que se considere hacer un simple avance hacia la modificación de la denominación de nuestra ley n° 17.336 hacia una más adecuada que fuera “Ley sobre derechos de autor y derechos conexos”.

⁶ En este sentido ver Lypszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALIA.Bs. Aires, Argentina.1993. Página 41 y ss.

⁷ Art. 584 del Código Civil chileno: “Las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores.
Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales.”

⁸ Sobre el tema de las discusiones terminológicas pueden revisarse Erdozain, José Carlos. Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Editorial Tecnos. España. 2002. Página 22 y ss.; y Yu, Peter K. The Trust and Distrust of Intellectual Property Rights. Legal Studies. Research Paper Series. Paper No. 02-04. Michigan State University College of Law. 2004. Páginas 2 y ss.

⁹ El DFL-3 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento Y Reconstrucción fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, publicado en el Diario Oficial de 20 de junio de 2006.

II.II.- Derechos de autor y derechos conexos, evolución histórico - tecnológica y normativa internacional.

Para intentar entender el futuro del derecho de autor y los derechos conexos, estimamos imperativo el que podamos conocer su pasado.

Aunque el derecho de autor y los derechos conexos constituyen una regulación relativamente “reciente”, al tomarse como referente inicial de regulación al denominado Estatuto de la Reina Ana del siglo XVIII, la evidencia relativa a la presencia de algunos de sus aspectos como institución jurídica ya se encontraban en algunas civilizaciones antiguas.

Los primeros antecedentes del reconocimiento de la calidad de autor a los individuos, respecto de las obras fruto del esfuerzo de su intelecto, aparecen entre los Griegos.¹⁰ Uno de ellos se encuentra en el año 350 A.C. en una ley de Atenas que disponía que los textos originales de los 3 grandes autores trágicos, Esquilo, Sófocles y Eurípides, debían ser depositados en los archivos del Estado con el fin de preservarlos de copias imperfectas. Ahí se encontraría el primer indicio del derecho moral a la integridad de la obra.¹¹

Otra forma temprana de resguardo y reconocimiento de los derechos morales del autor, están en el Talmud Hebreo donde se establecía, perentoriamente, que quienes aportasen las contribuciones orales a una historia, debían ser identificados.¹²

Por su parte, en Roma, la producción de obras literarias se volvió una ocupación aceptada socialmente por los estamentos más ricos y algunos escritores pudieron sobrevivir de esta actividad gracias a un sistema de mecenazgo.

¹⁰ En tal sentido ver Bettig, Ronald V. Copyrighting Culture: The political economy of intellectual Property. Oxford: Westview Press. 1996. Páginas 11 a 13.

¹¹ En tal sentido ver Bappert, Walter. Wege zum Urheberrecht, Pg. 13. Frankfurt, 1962.

¹² La trascendencia de tal mención, puede comprenderse de mejor forma si consideramos algunos antecedentes sobre la génesis del Talmud que señala la Profesora Ana María Tapia Adler: “La tradición cuenta que en el Monte Sinaí, Dios entregó a Moisés la Torá Escrita (*Torá shebjtav*) y la Oral (*Torá shebe-alpe*). La Enseñanza Oral es la que explicita y ayuda a comprender la Torá escrita y, por ende, la complementa. Moisés la transmitió a Josué, Josué a los Jueces y los Jueces a los hombres de la Gran Asamblea (*Anshei haknéset hagdolá*). Así pues, la Torá oral fue transmitida de generación en generación y después de un largo proceso fue compilada en el Talmud, obra monumental que se convirtió en “la cerca en torno a la enseñanza” y que explica y reglamenta todos los aspectos de la vida diaria a fin de no transgredir esa enseñanza.”

A mayor abundamiento, la autora agrega que “Tanto en la Torá como en el Talmud, encontramos leyes y mandatos que, en su conjunto, formaron la “legislación” judaica conocida con el término de *Halajá* y que representa el sistema legal del Judaísmo.”

Para mayores antecedentes ver Tapia Adler, Ana María “El Impacto de los cambios Culturales en el Judaísmo” disponible en http://www.estudiosjudaicos.cl/lineas_trabajo/docencia/diploma_/Judaismo%20y%20modernidad.pdf

Un antecedente inicial interesante relativo a las infracciones de los derechos de los autores, se encuentra tanto en Grecia como en Roma, donde ya se conocía y condenaba un tipo particular de ellas, el plagio, por considerarlo un acto inmoral y deshonesto.¹³ Los griegos disponían de medios para sancionar el plagio literario y, estudios de la literatura romana dejan en evidencia que los autores de la época no se conformaban tan sólo con la gloria que les daban sus creaciones, sino que también, en alguna medida, sus manuscritos representaban para ellos una fuente de lucro, por lo que estaban conscientes de que con la publicación y utilización de sus obras no sólo se ponían en juego sus derechos intelectuales de carácter moral.¹⁴

Existen antecedentes epistolares sobre la concesión que hizo el político, pensador y orador romano Cicerón a su editor Tito Pomponio Ático que dan testimonio sobre las iniciales relaciones patrimoniales que se generarían entre los creadores y quienes se encargarían de la difusión de las mismas.¹⁵

¹³ Así, por ejemplo, el poeta Virgilio desdeñaba a los plagiarios:

"Hos ego versiculos feci, tulit alter honores

*Sic vos non vobis nidificatis aves:
Sic vos non vobis vellera fertis oves:
Sic vos non vobis mellificatis apes:
Sic vos non vobis fertis aratra boves.*

"Yo escribí estos versos, otro se llevó los honores

así vosotros no nidificáis para vosotros mismos, pájaros,
así vosotras no lleváis la lana para vosotras mismas, ovejas,
así vosotros no hacéis miel para vosotras mismas, abejas,
así vosotros no lleváis el arado para vosotros mismos, bueyes."

¹⁴ En Roma se ejercía la actividad de editores y vendedores de libros por los bibliopolas. Cada uno de los ejemplares eran manuscritos por esclavos en papiros egipcios y eran vendidos a los señores de alto poder adquisitivo.

¹⁵ En estas noticias, en forma de carta, Cicerón le señalaba a Ático:

- ✿ "Has vendido estupendamente mi discurso en defensa de Ligurio".
- ✿ "De todo lo que escriba en el futuro, te confiaré la propaganda y las ventas".
- ✿ "Me gustaría que mis libros no fueran editados por nadie más que por ti".

Con las invasiones bárbaras que marcan el comienzo de la Edad Media, se inicia un período de perturbaciones en que las letras y las artes se refugiaron esencialmente en los monasterios. Esta etapa caracterizada por una visión teocéntrica del mundo, significó inclusive un cierto retroceso en cuanto al reconocimiento de los derechos morales de los creadores. El autor no aparecía personalmente asociado con su creación sino que se representaba a través de la orden religiosa a la que pertenecía y ello causaba el anonimato de la gran mayoría de las obras generadas en este período. Adicionalmente, se consideró que los frutos del pensamiento eran un don de Dios, el cual se debía transmitir a la colectividad y por tanto, la "santidad" de la labor que efectuaba el autor le prohibía a éste obtener provecho de su obra, de modo que si llegaba a actuar en contrario arriesgaba ser sancionado por la conducta de simonía.¹⁶ La implementación de leyes protectoras de éstos derechos aún no sería una opción viable, puesto que las actividades vinculadas a la creación de las obras y las de efectuar copias de ellas, se mantuvieron confinadas a las que se produjeran al interior de comunidades letradas, vinculadas con agrupaciones de naturaleza religiosa, bastante alejadas de la realidad del resto de la población que, en su mayoría, era iletrada.

Parece ampliamente aceptado que con el descubrimiento de la imprenta de tipos móviles por Guttemberg, en Maguncia, el año 1455 y las técnicas de grabado en el siglo XV, junto al aumento en el número de academias y universidades, crearon el entorno propicio para la transformación de las condiciones de difusión pública de las obras y el surgimiento futuro de las leyes de protección de los derechos de autor, con lo que se iniciaba el ciclo de los monopolios.¹⁷

A partir del hito que significó la aparición de la imprenta, en cuanto al progreso de la técnica y el beneficio que ella traería para la multiplicación de las posibilidades de divulgar las obras, se da el puntapié inicial para que comience un proceso de mejoramiento continuo en la valoración de las obras,

¹⁶ La simonía es un concepto, que proviene de la literatura cristiana primitiva, y que se utiliza para designar al pecado consistente en pagar por obtener prebendas o beneficios eclesiásticos, siendo considerada una forma especialmente peligrosa de sacrilegio. En su origen, se asocia este término con la figura de **Simón el Mago**, llamado también **Simón de Gitta**, líder religioso gnóstico samaritano y que era además un hechicero de Samaria. Cuando los apóstoles Pedro y Juan, fueron enviados a Samaria, Simón intentó que a cambio de dinero los apóstoles le permitieran obtener el poder de transmitir el Espíritu Santo, proposición que ambos rechazaron escandalizados.

Con la simonía está emparentado el *nepotismo* y la *parcialidad en la concesión de los cargos eclesiásticos*.

¹⁷ A pesar que la invención de la imprenta de tipos móviles se atribuye a Guttemberg, debe reconocerse sin embargo, que la técnica de la impresión, desconocida para los europeos, existía hacía siglos en China y en Corea, y como ya se ha hecho mención, la noción de propiedad sobre los resultados del trabajo intelectual ya eran reconocidos, de alguna u otra forma más o menos incompleta, antes de este hito.

desde una perspectiva moral y otra económica. Los autores e impresores comienzan a detectar las enormes potencialidades que les ofrecía este avance tecnológico pero paralelamente, ante las utilidades que terceros podían hacer de sus obras indebidamente, se inclinan por obtener algún tipo de protección contra tales abusos y van a la búsqueda del amparo oficial. Se inicia este avance con el sistema de los privilegios, el cual, consistía en prohibir la reproducción de las obras cuando no se contara con la venia del soberano.

El privilegio, si bien no confería derechos propios a los autores permitía entregar a éstos ciertas garantías, al menos provisionales, contra la utilización abusiva de sus obras de costumbre por intermedio de los impresores y los libreros,¹⁸ quienes podían obtener un derecho exclusivo para explotar de modo exclusivo o monopolístico cierta clase de obras, debiendo para ello obtener previamente la concesión respectiva de parte de dicho soberano.¹⁹

El primer privilegio de librería del que se tenga noticia fue el concedido por el Senado de Venecia al impresor Giovanni Spira (1469) para editar las cartas de Cicerón y Plinio. El primer privilegio acordado a un autor fue en 1486 en favor de Marco Coccio de Vicovaro, por el cual se le daba el derecho exclusivo de hacer imprimir y vender su obra sobre la Historia de Venecia, otorgándose al escritor las facultades de escoger al impresor y de confiarle dicha impresión lícita de la obra a cambio de una remuneración. Luego, en 1495, el Senado veneciano concedería a Aldo Manucci, el inventor de los caracteres tipográficos "itálicos", la exclusividad para la edición y uso de las obras de Aristóteles, prescribiendo penas para quien intentara hacer uso ilegítimo de los derechos concedidos.²⁰

Los privilegios más antiguos concedidos en el resto de Europa de los que se tiene noticia fueron los de Alemania (1490/1501); Francia (1507); Bélgica (1513) e Inglaterra (1518). Este último privilegio mencionado fue otorgado a Richard Pynson, el impresor del Rey, para editar un panfleto.²¹

Justamente en Inglaterra, la primera legislación sobre la materia fue desarrollada a comienzos del Siglo XVI, cuando Enrique VIII otorgó un monopolio de impresión a la Stationer's Company, el cual perduró hasta bien entrado el Siglo XVII²². Durante su vigencia, esta compañía reunió a los impresores en el seno de una corporación, desde su fundación en Londres en 1556, dedicándose como tal a representar y defender a los autores y editores, por más

¹⁸ En este sentido ver, Cavalli, Jean. Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Pág. 22. Traducción al español de Castro García, Juan David y Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia. Colombia. 2006.

¹⁹ Aclara Larraguibel que los privilegios "no eran sino un medio imperfecto de proteger los bienes inmateriales. Ello no reposaba en la ley sino en la gracia del Soberano." Larraguibel Zavala, Santiago. Tratado sobre la propiedad industrial. Editorial Jurídica Conosur. Chile. 1995. Tomo I. Página 8.

²⁰ Pimenta, Eduardo. Dos crimes contra propriedade intelectual. Violação de directo autoral. Usurpação de nome ou pseudónimo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, SP, Brasil. 1994. Páginas 18 a 24.

²¹ En este sentido ver, Cavalli, Jean. Ob. Cit. Pág. 22. Traducción al español de Castro García, Juan David y Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia. Colombia. 2006.

²² Carlson, Brian. "Balancing the Digital Scales of Copyright Law" (1997). 50 SMU Law Review 825. Página 828.

de un siglo, y creó un registro obligatorio de los libros que eran publicados, contemplando la aplicación de una multa contra aquellas personas que no lo respetasen. Algunos, sintiéndose afectados por este sistema, se alzaron en contra de esta compañía e invocaron a su favor los beneficios del Common Law. Esto provocó que se suspendiera este privilegio por la Cámara de los Comunes en el año 1694, atendido que se consideró incompatible con las libertades de información y de prensa. Posteriormente, en 1709, el Parlamento Inglés aprobó el Estatuto de la Reina Ana, la primera legislación que dispuso que los autores tuvieran un derecho de propiedad sobre sus obras.²³

En la órbita de la corona española, durante la época colonial, el derecho castellano, español e indiano no amparaba al autor en virtud de un precepto legislativo, sino que protegía al gobernante. Entre los siglos XVI a XVIII los derechos de autor eran una concesión graciosa, un privilegio otorgado por la autoridad que fue regulado a través de las Reales Pragmáticas²⁴. Recién en el año 1763, el rey Carlos III dictó una ley pragmática que concedía al propio autor el monopolio de explotación sobre su obra y las Reales Órdenes de 1764 y 1782, reconocieron mayores derechos para los autores y se dispuso que los derechos del autor fallecido se hicieran transmisibles a sus herederos. En 1847, se dicta una ley sobre derechos de autor, la que fue modificada el año 1879 por Alfonso XII utilizándose por primera vez la expresión “propiedad intelectual” para identificar las creaciones del espíritu que hubieran sido exteriorizadas.²⁵

En los Estados Unidos de Norteamérica, se adoptó gran parte del modelo de legislación británica sobre estas materias y de ahí provienen las similitudes entre los dos sistemas. La Constitución de 1787 en su artículo 1, sección 8, estableció que el Congreso tendría la facultad de promover el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por un tiempo limitado a los autores y a los inventores un derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos. En el ejercicio de tales facultades el Congreso dictó la primera ley federal aplicable sobre la materia que fue denominada “Copyright Act” en el año 1790, que se limitó a los libros, mapas y cartas geográficas o de navegación. En las sucesivas reformas posteriores, las fotografías, las composiciones musicales y las pinturas fueron incluidas.

²³ Ver Phillips, Jeremy & Firth, Alison. Introduction to Intellectual Property. Third Edition. London: Butterworths. 1995. Página 124.

²⁴ Todas las cuales se recogen en la Novísima Recopilación de 1805, en el libro 8, título 16, destacando las Pragmáticas de 1502, 1558, 1752 y 1770.

²⁵ Para mayores antecedentes históricos pueden consultarse Satanowsky, Isidro. Derecho Intelectual. Editorial Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1954. Página 61; y Pimenta, Eduardo. Dos crimes contra propriedade intelectual. Violação de direito autoral. Usurpação de nome ou pseudônimo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, SP, Brasil. 1994. Páginas 18 a 24.

Nuestro país registra la segunda legislación especial más antigua que se haya dictado sobre estas materias en América Latina, la denominada Ley de propiedad literaria de 24 de julio de 1834²⁶ publicada a raíz del mandato constitucional expresamente establecido en la carta fundamental de 1833 que en su artículo 152 señalaba:

“Todo **autor** o inventor tendrá la **propiedad exclusiva** de su descubrimiento o producción por el tiempo que concediera la ley: i si ésta exijere su publicación se dará al inventor la indemnización competente.”²⁷

Posteriormente, el decreto ley n° 345, del año 1925²⁸ sustituyó a la ley de 1834 y luego, el artículo 10 n° 11 de la Constitución de 1925 garantizó la propiedad exclusiva de los autores sobre sus creaciones intelectuales, literarias y artísticas al asegurar a todos los habitantes de la República:

“La propiedad exclusiva de todo descubrimiento o producción, por el tiempo que concediere la ley. Si esta exigiere su expropiación, se dará al autor o inventor la indemnización competente.”

Finalmente, en el año 1970 se publica la Ley N° 17.336 sobre Propiedad intelectual, que si bien ha sido objeto de diversas modificaciones posteriores, como veremos más adelante, es la legislación matriz que rige hasta nuestros días.

Respecto a los esfuerzos orientados hacia la protección internacional multilateral de los derechos de autor y de los derechos conexos, el primer intento fue hecho con la Convención de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 1886 (**Convenio de Berna**). Una de las más notables características de este instrumento internacional es que ofrece protección a factores económicos o patrimoniales, (más cercanos al espíritu presente en las legislaciones que se insertan en el modelo del rule of law), y también considera los derechos morales, (adoptando el espíritu presente en legislaciones de los Estados de Derecho que se rigen por tradiciones legales de orden franco - germánica). Otros instrumentos y acuerdos han sido aprobados desde entonces, tales como la Convención Interamericana sobre el derecho de autor en obras literarias, científicas y artísticas de 1946 (**Convención Interamericana**); la Convención Universal sobre Derechos de Autor de 1952 (**Convención Universal**); la Convención Internacional sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961 (**Convención de Roma**); el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas de 1971 (**Convenio Fonogramas**), y más recientemente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (**Acuerdo**

²⁶ Publicada en el Diario El Araucano de 24 de julio de 1834. Página 3. A nivel latinoamericano, un par de meses antes de la publicación de nuestra legislación se había promulgado una ley de protección a las creaciones en Colombia, el 10 de mayo de 1834, durante el Gobierno del General Francisco de Paula Santander. Si se considera el resto del continente americano, superando las barreras naturales del idioma, sólo EEUU se había adelantado a estas leyes pioneras, ya que, en 1790 ese país había dictado la Federal Copyright Act.

²⁷ Se ha mantenido el castellano originalmente utilizado en el texto constitucional mencionado.

²⁸ El decreto ley n° 345, de 17 de marzo de 1925.

ADPIC) de 1995 y los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (**TODA**) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (**TOIEF**) ambos de 1996 (**Tratados Internet de la OMPI**).²⁹

A través de la historia, la evolución del derecho de autor y los derechos conexos, ha sido influenciada por el progreso tecnológico y la evolución de los medios masivos de comunicación. La prensa escrita, las partituras musicales, las fotografías, las grabaciones musicales, las emisiones de radio, los programas de televisión, el cable y el video; todos han supuesto desafíos a la legislación existente en su momento y provocado su adaptación.

En el presente, el esquema descrito parece repetirse ante la aparición del formato de compresión de archivos digitales de música MP3³⁰ (1987), la red abierta de Internet (1990) y el sistema de transferencia de archivos digitales entre pares conocido como P2P³¹ (1999).

Muchas maneras nuevas de infringir los derechos de autor y los derechos conexos, se han vuelto posibles por el uso inadecuado de las herramientas tecnológicas y los medios masivos de comunicación digital. Los usuarios tienen acceso a incontables páginas repletas de información, cuyos contenidos pueden ser fácilmente copiados por cualquiera.

²⁹ Puede revisarse un análisis detallado que hice sobre ambos Tratados en Ossa Rojas, Claudio. Regulación de contenidos en Internet: Trascendencia de los Tratados Internet de la OMPI. En Informática & Internet. Aspectos Legais Internacionais. Ed. Explanada. Brasil 2002. Páginas 213 y ss.

⁷ En el año 1987 el Moving Picture Experts Group generó un estándar que permitió reducir a través de un sistema de compresión de los datos, los tamaños de los archivos de sonido que antes recurrían al formato WAV. Ese estándar se denominó MPEG - Audio Layer III o formato MP3 y servía para comprimir los datos en una relación de 12:1. Desde entonces una canción completa, por ejemplo, que tuviera una duración aproximada de 3 minutos y que antes tendría que haberse almacenado en aproximadamente 32 MB, gracias a esta nueva tecnología podría comprimirse convirtiéndola en un archivo de alrededor de 3MB solamente, sin que se presente una pérdida significativa en la calidad del sonido final.

Este progreso resultaba trascendental ya que sus ventajas eran evidentes para quien recurría al uso de un módem estándar (56K) con lo que lograba transmitir el archivo del ejemplo en sólo un par de minutos, mientras que usando la tecnología del formato wav ello requeriría alrededor de unas 2 horas de conexión. Esta situación cambiaría dramáticamente en la medida que el acceso a conexiones de banda ancha se fueron haciendo más comunes, llegando a bajar las tasas de transferencia de estos archivos a sólo un par de segundos con las conexiones de banda ancha disponibles en la actualidad.

³¹ Los sistemas P2P presentan como características:

- Tecnología que altera el modelo de operación habitual de las redes abiertas como Internet basadas en PC's, browsers, y poderosos servidores web.
- Cada PC conectado a la red actúa como un servidor, permitiendo una distribución de información mucho más amplia, involucrando completos paquetes de nuevas aplicaciones asociadas lo que facilita su adecuado funcionamiento.

Los efectos sociales del surgimiento de Internet, como evidentemente era de esperar, están teniendo un serio impacto en la protección legal del derecho de autor y los derechos conexos a nivel global.

Hoy más que nunca, sigue siendo esencial que se avance en la colaboración entre todos los titulares de derechos, para enfrentar los problemas que les son comunes y, en especial, que el Estado tome seriamente en cuenta las actividades de crimen organizado³² que se asocian con la serie de ilícitos que se vinculan con la piratería y el uso inadecuado de las nuevas tecnologías.

Resulta fundamental, efectuar acciones concretas que reflejen el sentimiento real de preocupación y contar con la necesaria decisión política para que todos los sectores de la sociedad chilena participen efectivamente enfrentando las vulnerabilidades descritas. No bastará solamente con hacer esfuerzos orientados a la represión de las infracciones a estos derechos sino que también se requiere desarrollar estrategias de prevención de los mismos. Es por ello que, considero que además de la promoción de la adecuación de la legislación interna, deben coordinarse esfuerzos entre el sector público y el privado, orientados a la definición de una estrategia concreta a aplicar en forma constante, para la capacitación y educación de los ciudadanos, para ir avanzando de acuerdo con las exigencias que imponen los tiempos actuales al país.

II.III.- Naturaleza jurídica del derecho de autor y los derechos conexos.

En los últimos años se ha podido asistir a una producción legislativa sin parangón, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, tendiente a crear el marco jurídico idóneo de protección de los derechos de autor y derechos conexos y a ofrecer a los titulares de derechos una garantía jurídica de persecución de las infracciones y los atentados que los afectan. Todo ello, principalmente causado por los cambios que están trayendo las redes informáticas, asociados a las múltiples posibilidades de utilización masiva de creaciones y producciones culturales, afectándose con ello la relación existente entre los titulares de derechos, aquellos que ponen a disposición del público objetos protegidos y los integrantes singulares del público.

³² Este vínculo muchas veces pudiera pensarse que pareciera una exageración, pero para revertir tal apreciación basta simplemente con revisar la nutrida información que al respecto existe en la página web de la Organización Internacional de Policía Criminal, conocida mundialmente por su sigla **INTERPOL**, ubicada en <http://www.interpol.int> para confirmar la gravedad y alcances que está teniendo el fenómeno de la piratería. Nuestras apreciaciones sobre el particular pueden revisarse en el trabajo "Crimen Organizado y piratería" publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático, n° 107 de agosto de 2002, disponible en <http://www.alfa-redi.org/revista/data/51-13.asp>

En cuanto a la filosofía que respalda la existencia de los derechos de autor y los derechos conexos, han existido muchas interpretaciones diferentes, esto ha ocasionado que las diversidad de opiniones respecto de cuál es exactamente la naturaleza jurídica de estos derechos, sea objeto de permanentes y acaloradas discusiones. La respuesta a la interrogante sobre cómo se resuelve este aspecto, dependerá en definitiva de la tradición jurídica y de los valores que sustente la persona que aborde la discusión. El derecho de autor, según la correlación que exista entre la naturaleza de los valores que se adopten y la respectiva tradición jurídica que se siga, ha sido descrito entre otros como un derecho natural, un estímulo a la creatividad, un derecho de propiedad, un derecho monopólico, una recompensa económica del autor o de actividad industrial, un derecho de clientela, una “reja protectora”, un derecho laboral, una de las expresiones más patente del capitalismo, un interés público, etc.³³ Demandaría un trabajo completamente diferente al presente, y excede por mucho los objetivos de esta monografía por cierto, el analizar todas los diversos enfoques de los partidarios de cada una de las posiciones indicadas y las críticas pertinentes. La diversidad de estos enfoques, puede fundirse en 4 grupos fundamentales³⁴ a efectos de poder referirme brevemente a ellos: a) las justificaciones morales; b) las justificaciones patrimoniales; c) las justificaciones de incentivo y d) las justificaciones sociales.

a. Justificaciones Morales.

Estas teorías tienen 2 vertientes principales:

La primera vertiente, contempla la concepción de la teoría de la propiedad de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, quien consideraba a las creaciones como una extensión de la personalidad del respectivo autor, según esto los creadores tienen un connatural derecho a proteger la integridad de sus creaciones tal como ellos tienen derecho a proteger su propia personalidad. El derecho de autor, como derecho moral deriva de las concepciones del derecho natural que lo consideran inherente al acto de creación que permite reflejar completamente la personalidad, integridad y reputación personal del respectivo autor.³⁵

³³ Un extenso análisis en detalle de las distintas tendencias y argumentaciones en materia de derechos de autor se pueden revisar en Satanowsky, Isidro. Derecho Intelectual. Editorial Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1954. Páginas 35 y ss.; y Lipszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA. Bs. Aires, Argentina.1993. Página 18 y ss.

³⁴ Esta posible concentración se sugiere también por Davies, Gillian. Copyright and the Public Interest. Weinheim; New York: VCH. 1994. Páginas 10 a 13; y también puede encontrarse en Yu, Peter K. The Trust and Distrust of Intellectual Property Rights. Legal Studies. Research Paper Series. Paper No. 02-04. Michigan State University College of Law. 2004. Páginas 3 y ss.

³⁵ Sobre este enfoque se refieren Phillips, Jeremy & Firth, Alison. Introduction to Intellectual Property. Third Edition. London: Butterworths. 1995. Página 241; y Yu, Peter K. The Trust and Distrust of Intellectual Property Rights. Legal Studies. Research Paper Series. Paper No. 02-04. Michigan State University College of Law. 2004. Página 4.

Esta vertiente encuentra su fundamentación desde las civilizaciones de la antigüedad, en que existen antecedentes en las civilizaciones griega y romana que señalan que copiar una obra ajena era considerado inmoral y deshonesto.

Este enfoque es frecuentemente encontrado en **países con un modelo de derecho europeo continental (romano-franco-germánico)**. De acuerdo a este sistema, cada autor goza de un derecho moral que le permite ejercer el control respecto de su obra y poder asegurarse que sea respetada su "paternidad" sobre la misma. Este derecho no puede ser vendido y permanece asociado al autor aun cuando éste hubiera transferido su derecho patrimonial sobre la obra.

El aspecto patrimonial, se vincula con la segunda vertiente que proviene de la teoría del esfuerzo de John Locke expresada en su Segundo Tratado sobre el Gobierno, según la cual los creadores tienen un connatural derecho a cosechar los frutos de sus creaciones y a obtener recompensas por sus contribuciones a la Sociedad.³⁶

Ambas vertientes confluyen en una consagración dualista de estos derechos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece que "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."³⁷

El derecho moral es protegido en forma conjunta con el derecho patrimonial en las más modernas legislaciones, y en muchos países, es una parte esencial del sistema protector de los derechos de autor y conexos, como ocurre en Chile en donde se encuentra consagrada constitucionalmente la protección de ambos aspectos.³⁸

³⁶ Citada en Yu, Peter K. The Trust and Distrust of Intellectual Property Rights. Legal Studies. Research Paper Series. Paper No. 02-04. Michigan State University College of Law. 2004. Página 4.

³⁷ Artículo 27.2 Declaración universal de los Derechos Humanos.

³⁸ Artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República de Chile.

b. Justificaciones patrimoniales.

A pesar del hecho de que los orígenes del derecho de autor se fundan en la protección de unos derechos de carácter moral, no resulta menos cierto que el real impulso para esta institución legal se atribuye al deseo de los autores de obtener una retribución económica por sus obras. El Estatuto de la Reina Ana fue creado en parte como respuesta ante la proliferación de la piratería literaria de la época, la cual, ya afectaba a muchos autores financieramente.³⁹ La Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica adoptó dentro de su sistema jurídico el modelo inglés del copyright cuya naturaleza reconoce como algo fundamental la existencia de una recompensa económica para los autores. Sería la propia Corte Suprema de ese país la que reconocería abiertamente este hecho al establecer que "fomentar el esfuerzo individual a través de un beneficio personal es la mejor manera para avanzar en el aprovechamiento público del talento de los autores ..."⁴⁰.

La idea de favorecer a los autores con un monopolio sobre las ganancias derivadas de sus obras, impulsa a asumir que con ello se daría derecho a cierto tipo de propiedad.

Se señala que en Chile, la Constitución de 1980, dictada durante el gobierno de los militares, trató extensamente la esencia de la propiedad en los derechos de autor, patentes y marcas registradas, así como otros derechos relacionados. En tal sentido, se ha estimado que luego de la constitucionalización de tales derechos, éstos se convirtieron en derechos de propiedad que sólo podían limitarse usando procedimientos especiales, los cuales, debían cumplir una función social, contribuir a los intereses generales de la nación, la seguridad nacional, la salud o utilidad pública y la mantención del patrimonio ambiental. Además se estableció la posibilidad de expropiarlos debiendo pagarse la correspondiente indemnización y se otorgó status constitucional a los derechos morales.⁴¹

Otro elemento a considerar y que justificaría este enfoque, serían los altos niveles de inversión de recursos financieros que deben ser efectuados para lograr algunos tipos de creación intelectual (por ejemplo investigación avanzada, desarrollo de programas computacionales y producción cinematográfica, por mencionar sólo algunos). De acuerdo con ello, no resulta equitativo que los titulares de derechos de autor o conexos no cuenten

³⁹ En este sentido se pronuncia Bainbridge, David. Intellectual Property. 4th Ed. London: Pitman Publishing. 1999. Páginas 32 y 33.

⁴⁰ Caso Mazer v Stein, 347 US 201 (1954), citado en Carlson, Brian. "Balancing the Digital Scales of Copyright Law" (1997). 50 SMU Law Review 825. P. 829.

⁴¹ En tal sentido se pronuncia Ruiz - Tagle, Pablo. Propiedad Intelectual y contratos. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Página 182.

con algún mecanismo que les permita recuperar esas inversiones, estimándose apropiado que cuenten al efecto con un derecho de propiedad sobre sus creaciones o producciones intelectuales.⁴²

c. Justificaciones de Incentivo.

Esta justificación está de alguna manera vinculada a la anterior, porque los autores reciben una recompensa a cambio de su esfuerzo una vez que ellos son motivados socialmente para iniciarse o seguir participando de una actividad creativa. En el caso de las primeras legislaciones de los países regidos por **modelos del derecho sajón-angloamericano** claramente se manifiesta esta posición, en particular en el Estatuto de la Reina Ana de Inglaterra y en la Constitución de los EEUU en que se reconoció que el copyright era una forma de promover la ciencia y el avance tecnológico otorgando a los autores los medios para poder obtener los frutos que les brindaran sus obras.⁴³

d. Justificaciones Sociales

Algunos juristas especializados reconocen el hecho que al asegurar un derecho de propiedad sobre las obras intelectuales, los autores se sentirán más motivados a compartir sus obras lo que resulta de sumo interés para cualquier sociedad.⁴⁴ Quienes detentan esta posición, indican que el derecho de autor y los derechos conexos son beneficiosos para todo el cuerpo social. Si los autores tienen garantías suficientes, de que serán recompensados adecuadamente sus esfuerzos invertidos en generar y producir creaciones originales y que éstas no serán fácilmente utilizadas en forma ilícita por los piratas y plagiadores, entonces esos titulares de derechos estarán favorablemente dispuestos a que sus obras y producciones sean difundidas a las grandes audiencias.

⁴² Hurt, Robert M. & Schuchman, Robert M. "The economic rationale of copyright". *American economic review*, v.56, 1966. Página 430.

⁴³ Carlson, Brian. "Balancing the Digital Scales of Copyright Law" (1997). 50 *SMU Law Review* 825. P. 829.

⁴⁴ Davies, Gillian. *Copyright and the Public Interest*. Weinheim; New York: VCH. 1994. Páginas 12 y 13.

III.- Evolución de las normas aplicables en Chile sobre derechos de autor y derechos conexos.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional actualmente encontramos distintos tipos de normas referidas a los derechos de autor y derechos conexos:

III.I.- Constitucionales

El **artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República de 1980**⁴⁵, es una garantía constitucional que asegura la libertad de creación y difusión de las artes y conjuntamente con ello consagra la protección de los Derechos de autor⁴⁶ y de la Propiedad Industrial.⁴⁷

Esta garantía constitucional, asegura a toda las personas la libertad de crear y difundir las artes y para los autores un conjunto de derechos de naturaleza patrimonial y moral sobre la obra fruto del ejercicio de la actividad de creación, todo lo cual opera según un régimen de protección temporal establecido por la ley y que nunca será inferior a la vida del titular.

⁴⁵ Esta disposición fue modificada el año 2001 por la Ley N° **19.742** de "Reforma constitucional que elimina la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación y que consagra el derecho a la libre creación artística" quedando su actual texto como sigue:

Art. 19 "La Constitución asegura a todas las personas:.....

N° 25: "La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular". El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

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

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

⁴⁶ Ver incisos primero y segundo.

⁴⁷ Ver inciso tercero.

De acuerdo con las normas constitucionales vigentes, respecto de los derechos de autor sus titulares no pueden sufrir privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de sus derechos por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales imputables a una autoridad o persona determinada, debe existir igual protección de la ley en su ejercicio, pueden ser objeto de defensa judicial, etc. Asimismo, son derechos a los cuales la ley puede establecerles limitaciones y obligaciones que deriven de su función social⁴⁸, como también pueden ser objeto de expropiación en los mismos términos y condiciones que otros derechos de dominio o propiedad, es decir mediando una ley general o especial que autorice el procedimiento, por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador, previo pago de una indemnización y en la forma establecida por la Constitución.

Cabe señalar que el tratamiento que el constituyente le da a los derechos protegidos por las normas del derecho de autor y los derechos conexos, resulta ser distinto que el que contempla para los derechos de propiedad industrial. Así se puede leer que este tratamiento considerado por el constituyente se debe a que “la protección del derecho de autor tiene características diferentes a las del inventor, porque del aprovechamiento de los inventos en el orden científico precisa con mayor fuerza la comunidad que del disfrute espiritual o intelectual de un cuadro o de un libro, sobre los que puede reconocerse la propiedad por toda la vida del autor, y más allá de la vida. Cosa que no ocurre con el inventor, que a veces debiera ser obligado a aportar a la comunidad el producto de su invento. También debe distinguirse la propiedad de las marcas industriales y comerciales que tienen una naturaleza diferente y son entidades distintas e inferiores a aquéllos.”⁴⁹

III.II.- Tratados Internacionales:

Chile es parte de los principales Tratados Internacionales que se aplican en materia de derechos de autor y derechos conexos, entre los cuales destacan:

- Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁰
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵¹
- Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, científicas y artísticas⁵²,

⁴⁸ Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.

⁴⁹ Opinión del comisionado Jorge Ovalle Quiroz expresada en la Sesión N° 201 de la Comisión de Reforma Constitucional de 13 de Abril de 1976, citada en Verdugo, M., Mario, Pfeffer U., Emilio y Nogueira A., Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. Página 323. Editorial jurídica de Chile. Santiago de Chile.1997.

⁵⁰ Ver art. 27.

⁵¹ Ver art. XIII.

⁵² Se contiene en el Decreto Supremo N° 74 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 23.202 del 21 de Julio de 1955), que ordena cumplir como ley de la República esta Convención.

- Convención Universal sobre Derecho de Autor⁵³
- Convención Internacional sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma) ⁵⁴
- Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual⁵⁵
- Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Convenio de Berna)⁵⁶
- Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convenio Fonogramas)⁵⁷
- Convenio entre Chile y Argentina para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancia o beneficio y sobre el capital y el patrimonio.⁵⁸
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁹
- Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales y su reglamento ⁶⁰
- Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los Acuerdos Anexos que se indican⁶¹
- Tratado de libre comercio entre el gobierno de la Republica de Chile y el gobierno de Canadá⁶²
- Tratado de Libre Comercio con México⁶³
- Convenio con México para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal ⁶⁴
- Convenio con Canadá para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal ⁶⁵

⁵³ Se contiene en Decreto Supremo N° 75 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 23.206 de 26 de Julio de 1955) que ordena cumplir y llevar a efecto como ley de la República dicha Convención.

⁵⁴ Contenida en el Decreto Supremo N° 390 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 28.912 del 26 de Julio de 1974)

⁵⁵ Contenido en el Decreto Supremo N° 265 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 29.159 del 23 de Mayo de 1975) que promulga este Convenio.

⁵⁶ Contenido en el Decreto Supremo N° 266 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 29.170 de 5 de Junio de 1975) que promulga este Convenio.

⁵⁷ Contenido en el Decreto Supremo N° 56 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 29.704 de 9 de Marzo de 1977) que promulga este Convenio.

⁵⁸ Contenido en el Decreto Supremo N° 32 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 32.416 del 7 de Marzo de 1986) que promulga el Convenio entre ambos países.

⁵⁹ Contenido en Decreto Supremo N° 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 33.382 de 27 de mayo de 1989). Ver art. 15.

⁶⁰ Contenido en el Decreto Supremo N° 1.539 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial N° 34.821 del 22 de marzo de 1994).

⁶¹ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 16 de 1995 (Publicado en el Diario Oficial N° 35.169 del 17 de mayo de 1995. Por el Acuerdo de Marrakech se establece la Organización Mundial de Comercio (OMC) y dentro de sus Acuerdos Anexos se establece en su Anexo 1C el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).

⁶² Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores n° 1.200 de 3/7/1997 (Publicado en el Diario Oficial del 5 de julio de 1997).

⁶³ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.101 de 1999 (Publicado en el Diario Oficial N° 36.427 del 31 de julio de 1999).Ver Quinta Parte. Artículo 15-01 y ss.

⁶⁴ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 1.943 de 1999 (Publicado en el Diario Oficial N° 36.583 del 8 de febrero de 2000).

- Acuerdo de asociación entre la República de Chile, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros ⁶⁶
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA)⁶⁷
- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF) ⁶⁸
- Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América⁶⁹
- Tratado de Libre Comercio con Corea⁷⁰
- Tratado de Libre Comercio con el Gobierno de la República Popular China⁷¹

III.III.- Legislación común

Nuestro **Código Civil** en su **artículo 584**, señala que "las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores" y encarga que esta "especie de propiedad" se rija por leyes especiales.

III.IV.- Legislación especial:

En nuestro país, se encuentra vigente la **Ley N° 17.336** sobre Propiedad Intelectual (Publicada en el Diario Oficial N° 27.761, de 2 de Octubre de 1970), la que, cuenta con un **Reglamento** contenido en el Decreto Supremo N° 1.122 del Ministerio de Educación (Publicado en el Diario Oficial de 17 de Junio de 1971)⁷².

⁶⁵ contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 2.188 de 1999 (Publicado en el Diario Oficial N° 36.583 del 8 de febrero de 2000).

⁶⁶ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores n° 28 de 2003 (Publicado en el Diario Oficial de 1 de febrero de 2003).

⁶⁷ Ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001. contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 270 de 2003 (Publicado en el Diario Oficial de 07 de marzo de 2003).

⁶⁸ Ratificado por Chile el 14 de marzo de 2001 contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores n° 139 de 2003 (Publicado en el Diario Oficial de 22 de agosto de 2003)

⁶⁹ Publicado en el Diario Oficial de 1 de enero de 2004.

⁷⁰ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 48 de 2004 (Publicado en el Diario Oficial N° 37.826 del 1 de abril de 2004)

⁷¹ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores N° 317 de 2006 (Publicado en el Diario Oficial N° 38.571 del 23 de septiembre de 2006)

⁷² A su vez, el Reglamento de la Ley N° 17.336 ha sido modificado por: a) Decreto Supremo N° 287 de 15 de Marzo de 1973 y b) tácitamente por la Ley N° 19.166 de 17 de Septiembre de 1992.

La Ley N° 17.336, desde su publicación hace ya más de 3 décadas ha sido objeto de diversas modificaciones, contenidas en los siguientes cuadros descriptivos de los respectivos cuerpos legales:

Cuadro N° 1. Modificaciones de la década de 1970.

Década 1970	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 17.773 18/10/1972</p> <p>“Ley Sui generis”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Protección temporal que otorga la ley se extiende a toda la vida del autor, la de su cónyuge y la de sus hijas solteras, viudas o aquellas que siendo casadas tuvieran al marido afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo • 30 años más allá de la vida del autor, respecto de sus herederos, legatarios y cesionarios

Durante la década de 1970, la única modificación que presentó el Ejecutivo al Congreso apuntó a generar una norma que intentaba paliar los efectos de una situación no prevista originalmente por el legislador y que decía relación con los “innumerables” casos en que la cónyuge e hijas de artistas, intelectuales y científicos que habían trabajado durante toda su vida en la noble tarea del engrandecimiento del patrimonio cultural de Chile, no tenían, después de fallecido el autor, ningún medio de subsistencia.⁷³ Sin embargo, un aspecto que no sería abordado por ninguna modificación durante este periodo fue el de la regulación de los casos de infracción. Esto significó que se mantendría en Chile el sistema existente desde 1925, por el cual sólo se podía aplicar a estos casos una sanción de multa y ordenar la incautación de los ejemplares de la obra y del material que sirviera exclusivamente para su fabricación ilícita o el producto de la recitación, reproducción o ejecución, según correspondiera.

Esta situación fue objeto de críticas que señalaron que las normas de sanción que contenía la Ley n° 17.336 para los casos de infracción “no contienen mayor novedad ni perfeccionamiento de la legislación anterior, ni dan mejor protección al autor perjudicado o defraudado en sus derechos, como hubiera sido sancionar estos delitos con penas privativas de libertad. Se limitan a reproducir los artículos 20 y 22 del derogado Decreto Ley 345, del año 1925.”⁷⁴

⁷³ En estos términos se refiere el Ejecutivo en el Mensaje dirigido por su Excelencia el Presidente de la República al Congreso Nacional. Pueden revisarse mayores antecedentes al respecto en las Actas de la Historia de la Ley 17.773 de 28 de octubre de 1972, disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. DIP. Ord., 1972, II, Ses. 15.

⁷⁴ Larraguibel Zavala, Santiago. Derecho de Autor y Propiedad Industrial. Editorial Jurídica de Chile. 1979. Páginas 37 y 38.

A mediados de la década de 1980, el gobierno militar decide impulsar una modificación a la ley que tenía la finalidad de proteger con mayor eficacia los derechos autorales y conexos que ella reconocía. Con tal propósito, la iniciativa tipificaba nuevos delitos que atentaban contra el patrimonio cultural que no estaban contemplados en la legislación vigente y aumentaba, en general, las penas respectivas, agregando las corporales a las de multa.

En particular, se tipificó el delito de reproducción ilícita de fonogramas, comúnmente llamado “piratería de fonogramas”, señalando el Mensaje que se hacía esto “acogiendo en esta materia, las orientaciones contenidas en el Convenio de Ginebra para la protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción no autorizada de sus fonogramas – del cual nuestro país es signatario – adoptando incluso las definiciones allí formuladas sobre los conceptos de “copia” y “distribución al público”. Igualmente, se describían las múltiples formas que asumía este delito, sobre la base de las tres principales que el citado convenio alude: i) reproducción de copias no autorizadas; ii) importación de tales copias y iii) distribución de las mismas al público.⁷⁵

En definitiva, la modificación en concreto consideraba apoyar la idea de elevar las penas y sanciones contempladas para la infracción de las normas de la ley nº 17.336, porque notoriamente ellas habían perdido actualidad, lo que conducía a que en muchos casos la ley resultara inoperante.⁷⁶

Cabe destacar que finalmente, en materia del tratamiento de las contravenciones y sanciones, la ley modificatoria de 1985 contempló un particular plazo de vacancia en cuanto a que las disposiciones de la misma no se aplicarían a los casos relacionados con videogramas y videocasetes sino hasta el 1º de enero de 1987. Revisando los antecedentes históricos de tan particular medida, la “historia oficial” de ella se encuentra en las Actas de la Historia de la Ley Nº 18.443 en que se señala: “En efecto, mientras la llamada “piratería de cassettes” es una actividad generalizada y lesiva de los intereses legítimos de los titulares de derechos autorales y de los conexos, en su caso, la distribución al público de copias de videocasetes, en cambio, no ha superado un número reducido de casos (los “videoclubs”) y, sobre todo, no existirían, en Chile, titulares de tales derechos que intentaran reclamar por tal distribución. El hecho pues, no requeriría de protección legal por falta de titulares afectados por esa forma de distribución al público.”⁷⁷ Estas explicaciones que resultan realmente inaceptables, se habrían debido según algunos a que el gobierno militar de la época habría cedido ante las presiones que hicieron empresas nacionales que falsificaban videos, quienes se opusieron a la modificación porque con ella se atentaba contra la “iniciativa empresarial” que ellos llevaban adelante y por la cual estaban invirtiendo capital y dando trabajo a chilenos. Otras versiones señalan que

⁷⁵ Actas de la Historia de la Ley nº 18.443. Disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. Página 16.

⁷⁶ En este sentido opinaba el Director de Bibliotecas, Archivos y Museos de la época, según consta en las conclusiones de un informe que emitió con el análisis del proyecto de modificación de la ley, que figura entre las Actas de la Historia de la Ley nº 18.443. Disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. Página 91 y ss.

⁷⁷ Historia de la Ley Nº 18.443. Actas disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 200 y 246.

esta discriminación absolutamente arbitraria, se habría debido a la repulsión que le generó, a uno de los integrantes más influyentes en materia legislativa de la Junta de Gobierno, la simple observación de unos cajones llenos de videocasetes de corte pornográfico que le fueron enviados por grupos conservadores a su despacho, hecho con el cual lo intentaron convencer de la necesidad de reconsiderar la protección de este tipo de obras audiovisuales, logrando al menos con éxito que se postergara la protección que en definitiva se daría a éstas por ser un material que a ellos les resultaba “poco digno” de protección.

Cuadro N° 2. Modificaciones de la década de 1980.

Década 1980	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 18.443 17/10/1985</p> <p>“Ley Piratería”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Tipificación de nuevos delitos que atentan contra el patrimonio cultural: <ul style="list-style-type: none"> ➢ Falsificación de Obras Intelectuales ➢ Plagio ➢ Omisión, falsificación o adulteración de Planillas de Ejecución Obras Musicales ➢ Falsedad en rendición de cuentas ➢ Piratería (reproducción no autorizada, distribución a público, importación, adquisición y tenencia con fines de venta de copias ilícitas) • Aumento general de las penas respectivas: agregando las corporales a las de multa • Incorporación de conceptos: Fonograma y Copia de fonogramas; Retransmisión; Videograma y Copia de videograma; Distribución de fonogramas o videogramas al público; Planilla de ejecución; Diaporama. • Reajustabilidad en UTM de derechos a pagar por inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual del Departamento de Derechos Intelectuales de DIBAM

Ante el indudable auge y desarrollo que estaba experimentando la industria de programas computacionales en el país, a fines de la década de los años 80 el gobierno de Pinochet decide elaborar un Mensaje que contenía un nuevo proyecto de modificación de la Ley n° 17.336, esta vez porque se consideraba que era indispensable reconocer en forma clara y precisa el derecho que los autores de tales programas tienen sobre estas obras del intelecto, otorgándoles una eficaz protección dentro del marco del Derecho de Autor. Cabe precisar que, sin perjuicio de que a partir de esta modificación de la Ley de Propiedad Intelectual se hizo un tratamiento más detallado de estas creaciones del intelecto humano, con anterioridad a la misma, la ley n° 18.443 ya hacía una referencia marginal a los programas computacionales, mencionándolos como “los programas y soportes lógicos de ordenador....”, al tratar en el artículo 76 n° 1 el monto de los derechos que debían pagarse para su inscripción en el Registro de Propiedad

Intelectual, pero ello no bastaba para precisar claramente cuáles eran los alcances que debía darse a esta mención en cuanto a la normativa global sobre derechos autorales.

Se consideró además que para dar una eficaz protección a los derechos de autor de un programa computacional, era procedente incorporar a estas obras dentro de las conductas de infracción que contemplaba la figura típica que sanciona la letra b) del artículo 80.⁷⁸

Cuadro N° 3.1. Modificaciones de la década de 1990.

Década 1990	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 18.957 5/03/1990</p> <p>“Ley Software”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Incorpora en forma detallada a los Programas Computacionales al reconocimiento y protección, que la ley de propiedad intelectual otorga a los autores respecto de sus obras del intelecto: • Agrega conceptos específicos de Programa Computacional y Copia de Programa Computacional • Establece presunciones de titularidad para programas cuando sean creados fruto de relación laboral o en caso de obra por encargo (para desactivar presunción procede acuerdo por escrito en contrario) • Señala protección temporal diferenciada cuando el programa se obtenga fruto de una relación laboral y empleador sea persona jurídica • Fija dentro de las excepciones al derecho de autor una específica relativa a determinadas adaptaciones o copias de un programa computacional • Incorpora al programa computacional al capítulo de contravenciones y sanciones.

A comienzos de la década de 1990 el Ejecutivo envía un proyecto de ley que intentaba rendir un merecido homenaje a Pablo Neruda y a su cónyuge Matilde Urrutia que comprendía que sus restos fueran exhumados desde el Cementerio General de Santiago y trasladados para que descansasen definitivamente en la propiedad en la que el vate vivió y donde escribió gran parte de su obra. Se decía durante la tramitación de este proyecto, muy acertadamente por cierto, que al igual que Gabriela Mistral y otros, Neruda “nos ha dado a conocer más que nuestros productos materiales. El cobre, el salitre, pueden tener una vida efímera, o bien, larga; sin embargo algún día se acabarán. Pero la poesía es eterna, como lo es la música. Y eso lo encarnó perfectamente bien el grande e insigne poeta Pablo Neruda.”⁷⁹ Los efectos sobre la ley n° 17.336 que tendría esta modificación fue que

⁷⁸ Historia de la Ley N° 18.957. Actas disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 1, 4 y 8.

⁷⁹ En estos términos se manifestó en su oportunidad el Senador don Nicolás Díaz Sánchez. Para mayores detalles resulta recomendable revisar las Actas de la Historia de la Ley n° 19.072. Disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. Diario Sesiones del Senado. Sesión 39 Ordinaria (20/03/91). Página 3861.

introduciría una prórroga de los derechos de autor sobre la obra de Neruda por 50 años a contar de la fecha de su muerte cuyo beneficiario sería la “Fundación Pablo Neruda” creada en su memoria por su viuda, pero en el transcurso de su tramitación en el Senado fue modificada la norma original y se estableció una nueva redacción que conciliara el principio de igualdad ante la ley, el homenaje público a los grandes servidores y las materias propias de ley, por lo cual se terminó estableciendo una disposición de carácter general que extendió el plazo de protección considerado en el artículo 10 de la ley n° 17.336 a 50 años posteriores a la vida de todo autor ilustre cuando se trate de perpetuar su memoria y así se expresare en un decreto supremo fundado.⁸⁰

Cuadro N° 3.2. Modificaciones de la década de 1990.

Identificación de la norma	Identificación de la norma
<p>Ley N° 19.072 19/08/1991</p> <p>“Ley Neruda”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Transferencia a título gratuito por Fisco de Chile a la Fundación Neruda del inmueble que perteneciera en vida a Pablo Neruda en Isla Negra • Exhumación, traslado e inhumación definitiva de restos de Pablo Neruda y su cónyuge Matilde Urrutia a inmueble de Isla Negra • Concesión de protección especial a los derechos de autor por cincuenta años a contar de su muerte cuando se trate de perpetuar la memoria de un autor ilustre y así se exprese en decreto supremo.

Con posterioridad a esta reforma se decide abordar una deuda pendiente que existía en nuestra legislación respecto a poder ofrecer normas que contemplaran formas de ejercicio conjunto de los derechos de autor y/o de los derechos conexos en forma colectiva (determinación de condiciones de concesión de licencias, tarifas, normas de distribución) cuando esas formas estuvieran respaldadas por una comunidad organizada y cuando dicha organización tuviera determinados objetivos colectivos comunes. Surge el tema de buscar una alternativa para alcanzar la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos.⁸¹

Para aproximarse a este tema, baste señalar que desde el año 1948 la administración de los derechos patrimoniales de los autores de obras musicales la efectuaba el Departamento del Pequeño Derecho de Autor de la Universidad de Chile⁸². En el año 1970, cuando se promulgó la Ley sobre Propiedad Intelectual (Ley n° 17.336) dicha administración se mantuvo inalterada.

⁸⁰ Propuesta hecha por la H. Senadora Olga Feliú Segovia. Según figura en las Actas de la Historia de la Ley n° 19.072. Diario Sesiones del Senado. Sesión 39 Ordinaria. Disponibles en la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 3860 y 3925.

⁸¹ El tema de la gestión colectiva puede consultarse en profundidad en Ficsor, Mihály. La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos. Ed. OMPI. Ginebra. 2002.

⁸² En adelante nos referiremos a éste como el DPDA.

El Mensaje del Presidente de la República estimó que la administración que efectuaba el DPDA afectaba los derechos de los autores, compositores y artistas (intérpretes o ejecutantes) ya que una entidad dependiente de una Universidad Estatal efectuaba labores de gestión que internacionalmente se estimaba debían realizarse por organizaciones del sector privado que involucraran directamente a los titulares de derechos respectivos y cuya administración y funcionamiento debían gozar de plena autonomía. La prolongación de la gestión por el DPDA más allá de 1970 generó la disconformidad de los autores, artistas y productores de fonogramas quienes legítimamente estimaban que debía reconocerse su necesidad de administrar libremente sus obras intelectuales, prestaciones artísticas y fonogramas, pues, con ello lograrían alcanzar mejores niveles de protección y eficiencia en la gestión de sus derechos⁸³.

Durante el período comprendido entre los años 1970 hasta 1992, que denominaremos de “transición hacia el establecimiento legal de las entidades de gestión colectiva”, se produjo un hecho esencial, este fue la celebración de un pacto entre el DPDA y una Corporación Privada, denominada Sociedad Chilena del Derecho de Autor⁸⁴ que era dirigida por autores y artistas nacionales, el cual, se efectuó con la intención de que los titulares de derechos a través de sus representantes pudieran colaborar con el DPDA en materia de gestión de sus derechos. En la práctica esta situación constituía el nacimiento de una verdadera Entidad de Gestión Colectiva de Hecho.⁸⁵

Mantener la existencia de una Entidad de Gestión de Hecho no era sustentable en el tiempo⁸⁶, si bien esta figura había demostrado niveles de eficiencia en la gestión que eran superiores a los del DPDA, se hacía necesario un reconocimiento legislativo que permitiera que dicha administración se llevara adelante por entidades de gestión especializadas, por lo que la estructura de transición considerada (DPDA + SCD) debía quedar superada. Para tal efecto, el Gobierno en el año 1990 ingresa a tramitación al Congreso Nacional un Proyecto de Ley⁸⁷ cuya idea central era la creación de corporaciones de derecho privado denominadas “entidades de gestión colectiva”, a las cuales los titulares de derechos de de autor y conexos

⁸³ En tal sentido el Mensaje del Proyecto de Ley señaló que “Esta forma de administrar los derechos de los autores, artistas, intérpretes y ejecutantes, ha continuado durante estos años, lo que ha implicado distanciarse de la posición sostenida por la doctrina y la legislación comparada, que entregan esta administración a organizaciones autorales de carácter privado y autónomo.”

⁸⁴ En adelante SCD.

⁸⁵ En la práctica este convenio significó que por primera vez los autores y artistas tendrían una participación efectiva en la gestión de sus derechos y adicionalmente que se llevaran a cabo convenios de reciprocidad con entidades de gestión establecidas en el extranjero. El alcance de las actividades de esta entidad de gestión de hecho no se detuvo ahí sino que también se preocupó de comenzar con la lucha efectiva de la defensa de los derechos morales de los autores y a gestionar formas de explotación de obras en particular como es el caso de los derechos de reproducción que deben pagar las compañías discográficas y la sincronización (incorporación) de obras musicales para efectos publicitarios.

⁸⁶ En este sentido se pueden revisar los dictámenes de la Contraloría General de la República por los cuales se objetaba el contrato suscrito entre la Universidad de Chile y la SCD; un fallo de la Corte de Apelaciones de Santiago, recaído en un Recurso de Protección interpuesto por SCD en contra del señor Contralor General de la República y la copia de la resolución 24/4, del 37 Congreso de la Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores (CISAC) que instó al Gobierno de Chile y a su Congreso a apoyar la causa de los autores y prestar su aprobación al Proyecto de Ley que en definitiva se convertiría en la Ley N° 19.166.

⁸⁷ Boletín 00199-04

podrían confiar la administración y protección de sus derechos patrimoniales, dejándose en claro que este modelo de gestión es absolutamente compatible y dejaba a salvo la opción de la administración en forma individual que pueden efectuar los propios titulares de derechos.

Debe mencionarse que el proyecto original del Ejecutivo consideraba la creación de un ente, que no llegó a concretarse en la legislación aprobada finalmente, que se denominaba Secretaría Nacional de Derechos Autorales y Conexos, el cual, dependería del Ministerio de Educación y que tendría a su cargo la supervigilancia de las entidades de gestión y la administración del fondo Nacional de las Artes.

Adicionalmente, el proyecto contemplaba aumentar el plazo de protección temporal de los derechos de autor y conexos hasta 50 años (más allá de la vida del autor o de la fecha de la publicación, según corresponda), establecía la regulación del derecho de ejecución pública de fonogramas y ampliaba los derechos exclusivos del productor de fonogramas.

Cuadro N° 3.3. Modificaciones de la década de 1990.

Identificación de la norma	Identificación de la norma
<p>Ley N° 19.166 17/09/1992</p> <p>“Ley Gestión Colectiva”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Gestión Colectiva de Derechos (entidades de gestión colectiva) • Aumento plazo de protección temporal Derechos de Autor y Derechos Conexos (sube de 30 a 50 años) • D° de Ejecución Pública de Fonogramas • Ampliación de Derechos Exclusivos del Productor de Fonogramas (Arrendamiento y Préstamo y demás utilizaciones se agregan al D° de Reproducción)

Durante los comienzos de la naciente década que nos toca vivir, sus primeros cuatro años han generado 3 modificaciones de la Ley n° 17.336, dos de las cuales intentan cumplir fundamentalmente con las obligaciones internacionales adoptadas por nuestro país por tratados suscritos y ratificados por Chile durante la década pasada, Acuerdo sobre los ADPIC (OMC) y los Tratados Internet de OMPI (TODA y TOIEF) además de los más recientes logros de Acuerdos con la Unión Europea y el TLC entre Chile y los EEUU, para abordar finalmente con la tercera y más reciente, modificaciones sobre una materia menor relativa a formalidades de registro contempladas por la Ley sobre Fomento de la Música Chilena:

Cuadro N°4. Cuadro general de modificaciones de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	
Ley N° 19.912 4/11/2003	Adecua la legislación que indica conforme a los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio OMC suscritos por Chile
Ley N° 19.914 19/11/ 2003	Adecua la legislación que indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América
Ley N° 19.928 31/01/2004	Sobre Fomento de la Música Chilena

La primera modificación que se hace a la ley tenía por finalidad dar cumplimiento a las obligaciones de regulación asumidas por Chile, de conformidad con el Acuerdo que estableció la Organización Mundial del Comercio y sus Anexos ("el Acuerdo OMC"), adoptados en el Acta Final de la Octava Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT, suscrita el 15 de abril de 1994, en Marrakech, Marruecos, y que corresponden a materias propias de una ley. Tanto el Acuerdo OMC como sus Anexos, fueron promulgados mediante decreto supremo N° 16, de 5 de enero de 1995.

Las disposiciones que contemplaba dicho proyecto de ley se señalaba expresamente que se aplicarían en forma supletoria a las del Acuerdo OMC.

Principalmente, los aspectos que contempló el proyecto buscaban adecuar la legislación nacional a los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC), para lo cual propiciaba:

- a) Incorporar las normas del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, sobre notificación de normas técnicas obligatorias;
- b) Establecer la suspensión del despacho aduanero de mercancía cuando ésta vulnere las disposiciones de las leyes de Propiedad Intelectual e Industrial;
- c) Adecuar la ley de Propiedad Intelectual a los acuerdos sobre Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC);
- d) Derogar la reserva del cobre;
- e) Dar aplicación al Acuerdo sobre Valoración Aduanera de la OMC;
- f) Derogar la tasa de despacho, y

g) Tipificar dos nuevas figuras penales constitutivas del delito de fraude aduanero.

Junto a lo anterior, también, buscaba el proyecto de ley compatibilizar los tratados de libre comercio, suscritos por Chile con Canadá y con México, con los acuerdos de la OMC.

Finalmente, la adecuación se produjo a través de las normas de la Ley n° 19.912 de 4/11/2003 que:

Estableció medidas en frontera conducentes a evitar el ingreso de mercancías falsificadas o pirateadas, a través de procedimientos ágiles que no impliquen retener por largos períodos de tiempo las mercaderías sospechosas de infracción. Para ello contempló:

El mecanismo de Suspensión de despacho de mercancía infractora de derechos de autor o conexos que, de acuerdo con el artículo 6 de la ley n° 19.912, es una medida que puede ser solicitada por escrito por el titular de derechos afectado para suspender el despacho de las mercancías que signifiquen una infracción de sus derechos adquiridos por las leyes 17.336 o 19.039 (de Propiedad Industrial) o cuando existan motivos fundados para creer que se está cometiendo una infracción. Por su parte, la autoridad aduanera podrá decretar de oficio la medida de suspensión cuando resultare evidente que se trata de mercancías infractoras de ley debiendo en tales casos denunciar el hecho de conformidad a la ley. (Artículo 16 Ley N° 19.912)

Será competente para conocer de la solicitud de suspensión de despacho de mercancías, según establece el artículo 7 de la ley 19.912, un juez de letras en lo civil que podrá ser:

- a) el del lugar de la aduana ante la que se haya presentado la destinación aduanera que ampare la mercancía infractora o presuntamente infractora
- b) el del lugar de la aduana en que se presume se pretende presentar dicha destinación
- c) el juez respectivo que esté conociendo de procedimientos por infracciones a las leyes 17.336 o 19.039 en cualquier estado de los mismos.

Respecto del solicitante de la medida de suspensión, el artículo 8 de la Ley N° 19.912 señala que se deberá acreditar por éste su calidad de titular del derecho que reclama, expresar la acción que pretende interponer y someramente señalar los fundamentos y acompañar los antecedentes que permitan presumir la existencia de la infracción reclamada. Adicionalmente, señala que deberá acompañar una descripción suficientemente detallada de la mercancía a la que se aplicará la medida, en lo posible identificar el lugar donde ella se encuentre o el destino previsto, puerto o aeropuerto por el cual se presentará, el nombre o domicilio del importador, dueño o consignatario, país de origen de las mercancías y procedencia de éstas, medio de transporte e identificar a la empresa transportista.

Finalmente, cabe señalar que el artículo 9 de la Ley 19.912 señala que el tribunal para acceder a la solicitud podrá requerir al solicitante de la medida que constituya una garantía o caución a efectos de cubrir con ella los eventuales daños o perjuicios que pudieran causarse al importador, dueño o consignatario de la mercancía objeto de la medida.

De acuerdo con el alto nivel de exigencias que establece en particular el artículo 8 mencionado, estimo que, en general, con ello parecen superarse los parámetros señalados en ADPIC en sus artículos 41, 50, 51 y 52 para la aplicación de las medidas de observancia que se comentan. Sin perjuicio de ello, el legislador parece discriminar positivamente a favor de los titulares de derechos de autor y derechos conexos al establecer en el artículo 8 inciso segundo al señalar que tratándose de tales derechos “el juez competente estará facultado para exigir a los solicitantes las pruebas que *razonablemente* acrediten su calidad de tales”, cosa que no ocurre de igual forma respecto de los titulares de derechos de propiedad industrial.

Por otra parte, se estableció por el artículo 19 de la Ley 19.912 respecto de la determinación de la base imponible de los derechos ad valorem de mercancías importadas que ella será sobre la base del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del GATT de 1994 (Acuerdo sobre Valoración Aduanera) y del artículo 7 de la Ley N° 18.525.

En cuanto a la protección de los programas de computación se precisó que éstos quedan protegidos cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso.⁸⁸

Respecto de las bases de datos, la Ley N° 19.912 a través de su art. 20 N° 2 agrega un nuevo numeral 17 dentro del texto del artículo 3 de la Ley dentro de la enumeración de obras protegidas, recurriendo a una fórmula poco exitosa y bastante confusa que señala “compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual.” Agrega que tal protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.

El legislador al hacer esta modificación no consideró la conveniencia de modificar simultáneamente otro de los numerales del mismo artículo que ya se refería a este tipo de obras (n° 1 parte final) que permitía considerar que ellas quedaban incluidas en la mención de “compilaciones de toda clase”. Por lo que parece de toda lógica, que hubiera sido más acertado que si lo que se intentaba agregar específicamente eran las bases de datos

⁸⁸ Llama la atención que la Ley N° 19.912 a través de su Art. 20 N° 1 modifica el n° 16 del artículo 3 y el legislador no reparó en que al hacer esta modificación el mismo artículo 20 de la Ley n° 19.912 consideraba en su N° 2 agregar un nuevo N° 17, lo cual, ameritaba que se eliminara la conjunción “y”, que todavía aparece separando al numeral 15 del 16.

computacionales, diferenciándolas de las compilaciones tradicionalmente protegidas, se debió haber hecho directamente utilizando esa expresa denominación.

Los dibujos o modelos textiles también se agregaron como objetos de protección.

El concepto de Distribución que contemplaba la ley fue modificado por la Ley n° 19.912. Este concepto, había sido agregado por la Ley n° 18.443 a través de la incorporación de una nueva letra q) al artículo 5 de la ley 17.336 refiriéndose en particular a la distribución de fonogramas o videogramas al público, entendiéndose como tal "cualquier acto cuyo propósito sea ofrecer, directa o indirectamente, copias de un fonograma o videograma al público". Ahora bien, la letra q) modificada por la ley N° 19.912 señaló que se entendería por "Distribución: la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta, arrendamiento, préstamo o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia." Con ello el legislador eliminaba inexplicablemente la posibilidad de referirse a la distribución cuando se tratase de "copias de un fonograma" pues ellos a diferencia de lo que ocurre con los videogramas y a pesar de tratarse de fijaciones (grabaciones de audio en el caso del fonograma y grabaciones audiovisuales en el caso de los videogramas) reciben tratamientos distintos por nuestra legislación en su artículo 3, no siendo considerados los fonogramas como "obras".

La ley adicionalmente incorpora 3 nuevos conceptos a la Ley n° 17.336 referidos a:

- **Reproducción:** El artículo 20 N° 4 de la Ley N° 19912 agregó la siguiente letra u) dentro del artículo 3 de la Ley N° 17.336: "u) Reproducción: la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento."

Hubiera sido deseable que este concepto contemplara que el acto de fijación puede producirse no sólo respecto de las obras sino que ello también es posible respecto de las prestaciones artísticas, fonogramas o emisiones de organismos de radiodifusión y que ello puede producirse en forma total o parcial, directa e indirecta, temporal o permanentemente, por cualquier medio o procedimiento.

En tal sentido, una aproximación más cercana la lograba el concepto contemplado en el proyecto presentado por moción parlamentaria (Boletín 3313-07 del año 2003) que señalaba:

"u) Reproducción: fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio o procedimiento de la totalidad o parte de una obra, interpretación o ejecución, fonograma u otro material protegido que permita su comunicación y la obtención de copias;"

- **Comunicación al público:** "todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda

tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”

- **Transformación:** “todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente.”

El legislador en la Ley nº 19.912 introduce una modificación a la presunción legal de autoría, al dar una nueva redacción al texto del inciso primero del artículo 8 de la ley 17.336 en cuanto a las formas en que la identificación del respectivo titular permiten aplicarla al momento de su divulgación o a través de los datos que figuren en la inscripción en el registro de la Propiedad Intelectual de acuerdo al ejemplar que haya sido depositado. Estimamos que la redacción resulta desafortunada al consagrar el acto de divulgación o la dependencia de constar los antecedentes en un registro como condicionante de su operación, puesto que tales exigencias generan una evidente contradicción respecto del principio de protección automática, que establece la misma ley en su artículo 1 inciso primero, que dice expresamente que ella protege los derechos que “por el sólo hecho de la creación de la obra adquieren los autores de las obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos cualquiera sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.” Al no existir concepto de qué debe entenderse por “divulgación”⁸⁹ para el legislador y en cambio, existir una expresa mención a efectos del concepto legal de “obra inédita” y del derecho moral de “mantener la obra inédita” (art. 14 nº 3) también pudiera existir el riesgo que con la nueva estructura normativa resulten afectados estos últimos al existir tales exigencias.

Con relación al sistema de excepciones se incorporó un nuevo artículo 45 bis que no hace más que reiterar la regla de los 3 pasos del Convenio de Berna, esto es, que ellas pueden establecerse en casos especiales que no atenten contra la normal explotación de la obra y que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del respectivo titular de los derechos.

Finalmente, se modificó la regulación de los derechos exclusivos de los artistas respecto de sus interpretaciones o ejecuciones en cuanto a la redacción referida a los derechos exclusivos de grabación, reproducción, transmisión o retransmisión (“...por medio de organismos de radiodifusión o televisión, o el uso por cualquier otro medio, con fines de lucro, de sus interpretaciones o ejecuciones); y se agregaron los de:

- Fijación de sus prestaciones no fijadas en fonogramas y reproducción de las fijaciones;
- Difusión por medios inalámbricos o comunicación al público de sus prestaciones en directo; y
- Distribución.

⁸⁹ Sobre el tema resulta ilustrativa la aclaración que hace al respecto Lipszyc quien señala que por “divulgación” se comprende toda expresión de la obra que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma. Este concepto es más amplio que el de “publicación” que consiste en la divulgación realizada con consentimiento del autor mediante la puesta a disposición de público de ejemplares de la obra, cualquiera que sea la forma de reproducción utilizada. Ver Lipszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA. Bs. Aires, Argentina.1993. Página 161. Nota al pie nº 13.

Cuadro N° 4.1. Cuadro resumen 1ª modificación de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 19.912 4/11/2003 “Ley miscelánea ADPIC”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✚ Medidas en Frontera. ✚ Determinación base imponible derechos ad valorem mercancías importadas ✚ Programas computacionales quedan protegidos cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso. ✚ Agrega a la enumeración como obras protegidas a las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos, constituyan creaciones de carácter intelectual. ✚ Agrega a la enumeración no taxativa de obras bajo protección a los dibujos o modelos textiles ✚ Sustituyó el concepto de Distribución ✚ Incorpora 3 nuevos conceptos: Reproducción, Comunicación pública y Transformación ✚ Modifica presunción legal de autoría ✚ Incorpora nuevo artículo que considera regla de los 3 pasos del Convenio de Berna en materia de excepciones ✚ Modifica regulación de los derechos exclusivos de los artistas respecto de sus interpretaciones o ejecuciones.

Con inusitada premura impulsada por la urgencia de cumplir con compromisos mínimos que le exigía el Tratado de Libre Comercio firmado con EEUU, el Ejecutivo ingresa al Congreso bajo la modalidad de “discusión inmediata” un proyecto de nueva modificación de la Ley n° 17.336 que incorporaba diversas materias que debieron haber sido objeto de modificaciones más meditadas y discutidas con los titulares o al menos consultadas previamente de acuerdo al resto de la legislación vigente sobre la materia, cosas que no ocurrieron en definitiva. Finalmente, la ley resultó modificada en múltiples aspectos entre los que cabe mencionar:

Se consideró en el texto de la ley la expresa mención que la Ley protege los derechos de los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos o extranjeros domiciliados en Chile conjuntamente con la que antes consideraba dicha mención sólo respecto de los derechos de los autores.

Se aclaró la situación de los titulares de derechos de autor y conexos no residentes en Chile, estableciendo con una mención específica respecto de ellos en el artículo 2 de la Ley nº 17.336 que ellos gozarán de la protección que les sea reconocida por convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Chile.

Se modificaron algunas definiciones relativas a:

Los Artistas, intérpretes o ejecutantes: el actor, locutor, narrador, declamador, cantante, bailarín, músico o cualquiera otra persona que interprete o ejecute una obra literaria o artística o expresiones del folklore

Los Productores de Fonogramas: significa la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos.

Publicación de una obra, interpretación o ejecución fijada o de un fonograma: significa la oferta al público de la obra, interpretación o ejecución fijada o del fonograma, con el consentimiento del titular del derecho, siempre que los ejemplares tangibles se ofrezcan al público en cantidad suficiente.

Distribución: la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia.

Agregó definiciones no contempladas anteriormente de:

- Radiodifusión: Para los efectos de los derechos de los artistas intérpretes y productores de fonogramas, significa la transmisión inalámbrica de sonidos o de imágenes y sonidos o de las representaciones de éstos, para su recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será "radiodifusión" cuando los medios de decodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento;"

- Fijación: significa la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo.

Se aumentaron los plazos de protección temporal de obras, prestaciones artísticas y fonogramas de 50 a 70 años, quedando exceptuadas de tal aumento los organismos de radiodifusión.⁹⁰

⁹⁰ Ver artículos 10, 12, 13 (obras), 70 (fonogramas y prestaciones artísticas). Quedan con un plazo de protección de 50 años los organismos de radiodifusión.

Se incorpora el tema del agotamiento nacional e internacional respecto del derecho de distribución del autor⁹¹, los artistas⁹² y los productores de fonogramas. En el caso de estos últimos titulares cabe mencionar que la Ley 19.914 incorporó expresamente al Derecho de Distribución dentro del texto del artículo 68 agregándose éste a los derechos exclusivos de reproducción, arrendamiento, préstamo y demás utilidades de sus fonogramas. Adicionalmente, en su inciso segundo se establece el agotamiento nacional e internacional de tal derecho de distribución, lo cual, no implica que afecte a los restantes. Un detalle particular de esta modificación fue que a través de ella se produjo el reemplazo y con ello la derogación del inciso segundo del artículo 68 por el cual anteriormente se disponía que “En caso que la facultad del productor de autorizar o prohibir la ejecución pública de fonogramas entrare en conflicto con la facultad del autor de autorizar o prohibir la ejecución pública de sus obras, se estará siempre a la voluntad manifestada por este último titular.”

Se puso fin a la exigencia legal de cumplir con una formalidad que condicionaba la protección de las obras fotográficas que se refería a una serie de indicaciones que debían llevar cada uno de los ejemplares de la fotografía para gozar de la protección de la ley. Tales indicaciones se contemplaban por el hoy derogado artículo 35 de la ley 17.336 y se referían a:

- 1) nombre del fotógrafo o de quien le haya encargado el trabajo
- 2) año de reproducción de la fotografía
- 3) nombre del autor de la obra de arte fotografiada, si fuere el caso, y
- 4) la nota “prohibida la reproducción”

Se incorporó expresamente el derecho exclusivo de arrendamiento de los programas computacionales en el Artículo 37 bis y en el artículo 45 inciso segundo introdujo una excepción al mismo que resulta bastante confusa, al menos por la ubicación elegida para colocar su texto.

Establece un nuevo derecho exclusivo de puesta a disposición para productores de fonogramas respecto de sus fonogramas y para los artistas respecto de sus ejecuciones o interpretaciones fijadas, en un nuevo artículo 67 bis. Respecto a éste se leía en el texto del Mensaje del proyecto del Ejecutivo que se establecía “un derecho exclusivo de puesta a disposición por medios interactivos para los artistas y productores de fonogramas, sin alterar la naturaleza de derecho de remuneración por concepto de radiodifusión que actualmente reconoce nuestra legislación.

Se incorpora el tratamiento legal expreso de la información sobre gestión de derechos, agregándose tres nuevos artículos que se encargan de definirla como concepto y establecer sanciones civiles y penales para proteger esta información.⁹³

⁹¹ Ver artículo 18 inciso final.

⁹² Ver artículo 66 n° 4).

⁹³ Ver artículos 81 bis (responsabilidad civil), 81 ter (responsabilidad penal) y 81 quater (definición)

Cuadro N° 4.2. Cuadro 2ª modificación de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 19.914 19/11/ 2003</p> <p>“Ley TLC Chile EEUU”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✚ Incorpora expresa mención que la Ley protege los derechos de los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos o extranjeros domiciliados en Chile conjuntamente con la que antes consideraba dicha mención sólo respecto de los derechos de los autores. ✚ Clarifica el alcance de los derechos de los artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión extranjeros no domiciliados en Chile. ✚ Modifica definiciones referidas a artistas, productores de fonogramas, publicación y distribución ✚ Agrega definiciones de Radiodifusión y Fijación ✚ Modifica plazos de protección temporal de obras, prestaciones artísticas y fonogramas (sube de 50 a 70 años) ✚ Incorpora agotamiento nacional e internacional respecto del derecho de distribución del autor, los artistas y los productores de fonogramas. ✚ Deroga la formalidad para proteger las obras fotográficas ✚ Derecho exclusivo de arrendamiento de los programas computacionales. ✚ Incorpora el Derecho exclusivo de puesta a disposición para productores de fonogramas y para artistas ✚ Incorpora protección de la Información Sobre Gestión de Derechos.

Finalmente, a través de la Ley sobre Fomento de la música chilena n° 19.928 se estableció una modificación que llama la atención por incluirse un concepto adicional al del **Productor de fonogramas** contemplado en la Ley 17.336 en su artículo 5 letra k) que entiende por tal a “la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos”; considerando la Ley N° 19.928 una definición particular en su artículo 2 N° 10 señalando que para los efectos de dicha ley, se entenderá por **Productor fonográfico**: la persona natural o jurídica responsable de la primera fijación de los sonidos de una interpretación o ejecución u otros sonidos, sin importar la técnica utilizada.⁹⁴

⁹⁴ De acuerdo con esta realidad, actualmente tendríamos en relación al productor dos conceptos distintos y ello, eventualmente, podría ocasionar conflictos de interpretación, que a primera vista pudieran estimarse menores, pero que en la práctica podrían prestarse para algunas confusiones, pues en el sentido de la Ley 17.336 parece privilegiarse claramente una

Por otra parte, se incluyó una modificación menor referida a la obligación de depósito de determinado número mayor de ejemplares (2) que los que habitualmente son exigidos al momento de registrar ante el Departamento de Derechos Intelectuales dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM) cuando se trate de obras musicales, prestaciones artísticas o fonogramas nacionales.

Cuadro N° 4.3. Cuadro 3ª modificación de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 19.928 31/01/2004</p> <p>"Ley de la música"</p>	<p>Incorpora una definición adicional a la ya existente para el Productor de fonogramas contemplada en el art. 5 letra k) de la Ley 17.336 (art. 2 N° 10)</p> <p>Obligación de depositar ante el Departamento de Derechos Intelectuales (DIBAM) al momento de registrar sube:</p> <ul style="list-style-type: none"> + a 2 ejemplares cuando se trate de fonogramas de música nacional. + a 2 ejemplares que contengan fijaciones de prestaciones artísticas (interpretaciones o ejecuciones de música nacional) excepto cuando ellas se encuentren incorporadas a un fonograma o emisión inscritos. + a 2 copias de partituras en caso de obras de música nacional.

calidad emprendedora en que es importante que ésta vaya acompañada de una faceta económica al decir "tomar la iniciativa" y tener "la responsabilidad económica" respecto de la primera fijación, mientras que en la Ley N° 19.928 lo importante sería también una actividad de emprender pero sin que sea necesario asumir alguna responsabilidad económica, esto es, basta asumir la responsabilidad de efectuar "la primera fijación de los sonidos", sin que importe la técnica utilizada para ello, para ser considerado productor. Con esta diferencia, pareciera estar reconociéndose germinalmente por el legislador la evidente labor creativa que muchas veces tiende a desconocerse respecto de la labor del productor, ya sea que éste la realice directa o indirectamente a través de terceros, es un conjunto de esfuerzos que él debe efectuar y coordinar para obtener un fonograma, que no es otra cosa que el fruto de un complejo proceso de aplicación de un saber hacer técnico-artístico que muchas veces es más importante que el mero aporte de recursos económicos. Sin embargo, la misma Ley N° 19.928 pareciera despejar las dudas posibles cuando, en el inciso final de el artículo 2 señala que "Para los efectos de la presente ley, **se aplicarán, en lo que no sean contrarias a ella, las definiciones establecidas en la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.**"

III.V.- Otras Leyes relevantes en estas materias:

- **Ley N° 19.227** que crea el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura (Publicada en el Diario Oficial N° 34.611 de 10 de julio de 1993).
- **Ley n° 19.891** crea el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y el Fondo Nacional de Desarrollo Cultural y las Artes (Publicada en el Diario Oficial de 23 de agosto de 2003).
- **Ley n° 19.981** sobre fomento audiovisual (Publicada en el Diario Oficial de 10 de noviembre de 2004).

IV.- La realidad práctica a nivel nacional.

IV.I.- Multiplicidad de posibilidades de infracción y participación de estructuras organizadas en su comisión.

Pese a los avances que hemos revisado en cuanto a las modificaciones de la legislación nacional e internacional en materia de derechos de autor y derechos conexos ocurrido en los últimos 30 años, el éxito o supervivencia de los modelos tradicionales o más novedosos en que se transfieren creaciones y producciones intelectuales protegidas, que garanticen el resguardo de los intereses de autores, artistas, productores de fonogramas, organismos de radiodifusión y el gran público, se encuentra severamente condicionado por el crecimiento que han alcanzado las actividades ilícitas de quienes se dedican a la reproducción y distribución de ejemplares sumada a la diversidad de nuevas posibilidades asociadas a las realidades ofrecidas por avanzados canales de transmisión digital que ofrecen las redes abiertas como Internet.

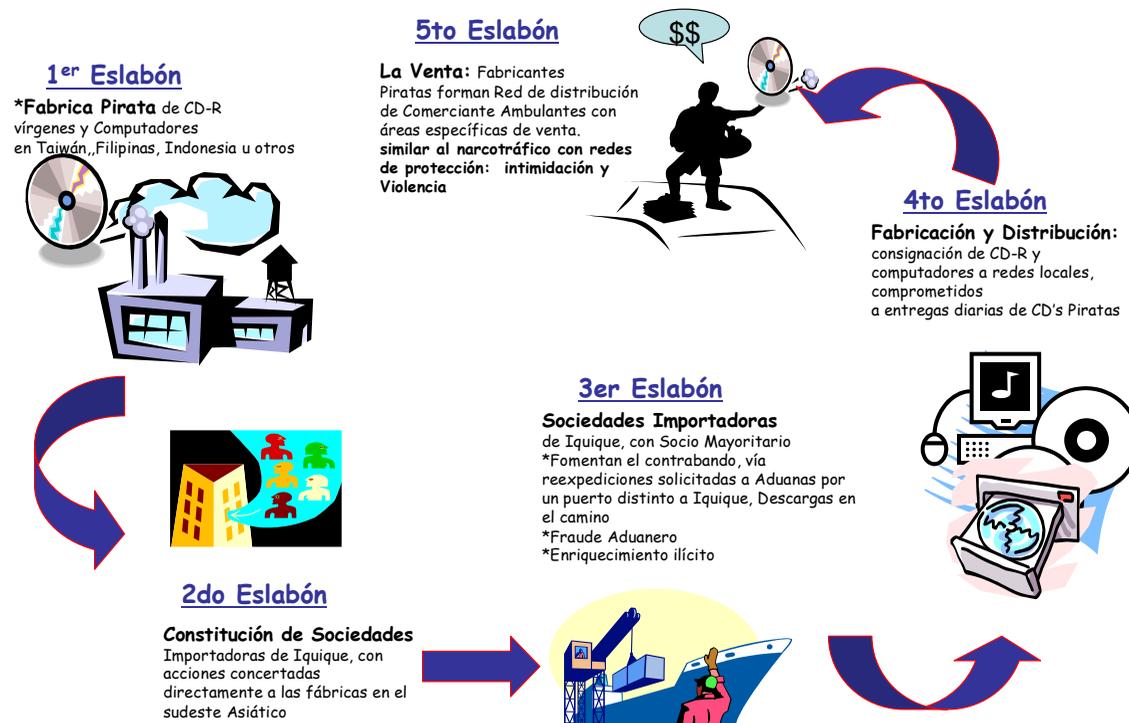
Millones de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o emisiones protegidas, se transan por segundo sin que se haya obtenido ninguna autorización previa de los titulares de derechos, abasteciéndose así con estos productos un creciente mercado ilegal. Este proceso que se vive a nivel mundial, genera un entorno saludable para ocultar en forma compartimentada el desarrollo de actividades delictivas, cada vez más difíciles de pesquisar, que se vinculan y aprovechan los círculos de protección y las modalidades de operación del crimen organizado. Colocando en una incómoda posición, particularmente a países pequeños como el nuestro en que se puede aprovechar factores tales como una gran apertura comercial, existencia de extensas fronteras físicas de difícil control y disponibilidad de herramientas tecnológicas de avanzada a bajos costos en materia de telecomunicaciones. Así, estas actividades al mantenerse en el tiempo, sin que exista una capacidad de reacción ágil por parte del Estado en el que se producen, provocan que se vaya afectando sistemáticamente el desarrollo cultural del respectivo país, los flujos de inversión y de actividades comerciales asociadas a las industrias culturales, todo lo cual incide en el avance socio económico de la respectiva comunidad nacional.

La expresión de estas actividades ilícitas se manifiesta en el mundo físico a través de cadenas de colaboración delictual, cuyo eslabón final corresponde a la venta callejera de discos compactos (CD's o DVD's) que pueden contener cualquier tipo de obra, prestación artística, fonogramas o emisión protegida que pueda ser fijada a este tipo de soportes. Paralelamente, las herramientas ofrecidas por las nuevas tecnologías constituyen un factor que incide en la mayor facilidad para la comisión de las conductas ilícitas, generando calidades de reproducción superiores a las anteriores y con la posibilidad de transferir las mismas con mayor alcance hacia puntos distantes.

Actualmente, no sólo el Estado ha debido preocuparse de aumentar sus esfuerzos para colaborar concretamente en la capacitación de los organismos encargados de la promoción y protección de estos derechos. Las entidades de la sociedad civil y las de los titulares de derechos de autor y derechos conexos en Chile, a través de las entidades más representativas que los agrupan, han colaborado continuamente con los esfuerzos desplegados por el sector público. Esta labor coordinada se traduce no sólo en el desarrollo frecuente de eventos, seminarios o cursos de instrucción, cuya profusión y alcance durante los últimos 6 años ha sido evidente, sino que además se han generado notables avances en la colaboración de la definición de las políticas públicas que buscan mejorar la promoción y protección de los derechos de cada sector afectado y de los consumidores de productos culturales. Esto último, puede verificarse con la simple observación del aumento de los niveles de participación que se ha hecho al facilitarse la colaboración ad-honorem de diversos representantes de dichas asociaciones e industrias culturales dentro de las estructuras diseñadas al efecto por el Estado dentro de la denominada nueva institucionalidad cultural. Si bien queda mucho por recorrer, estos pasos iniciales han servido para avanzar en el reconocimiento de los problemas más urgentes, ir asumiendo e identificando la existencia y composición de redes delictivas, reconocer los esfuerzos y costos que para el Estado significa la investigación permanente de estos delitos, la colaboración permanente de todos los sectores para lograr el desbaratamiento de estas redes requiriéndose el apoyo en la persecución judicial de los responsables ejerciéndose las acciones legales que sean procedentes, siendo vital el mutuo reconocimiento de las fortalezas que aporta el hecho de poder coordinarse con la mayor cantidad y diversidad de instituciones y servicios públicos (Consejo de Defensa del Estado, Servicio Nacional de Aduanas, Servicio de Impuestos Internos, Ministerio Público, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Intendencias, Municipalidades, etc.).

Fruto de estas coordinaciones se pudo delimitar la estructura del mapa de la piratería en Chile y su funcionamiento estructural como cadena.

**Cuadro N° 8. Estructura operativa de la piratería en Chile.
"Eslabones de la cadena".**



El producto ilegalmente ofrecido constituye una fuente de competencia absolutamente desleal que causa daños enormes y que incide negativamente en la subsistencia de los mercados legales, en particular de los pequeños como el nuestro. El círculo de la oferta pública ilegal de bienes intelectuales, se conforma por quienes siguen usando nuestras calles ocupándolas con sus paños llenos de discos compactos y textos impresos

con los últimos best seller⁹⁵ y también por quienes operan en el mundo virtual, actuando como proveedores de las calles o generando la existencia de mercados ilegales que actúan por anticipación a los posibles modelos de negocios lícitos, lo cual ha dificultado el cambio del estado de las cosas en sus inicios.⁹⁶

IV.II.- Dimensión real del problema delictivo.

Cuando a comienzos del presente siglo se intentaba dimensionar la incidencia de este tipo de actividades ilícitas al que nos venimos refiriendo, era bastante común verificar que las fuentes de información eran múltiples (estudios ocasionales encargados por los propios afectados por los delitos, algunas mediciones provenientes de organismos públicos, encuestas elaboradas por medios de comunicación, etc.) pero se echaba de menos una permanencia en el tiempo que permitiera juntar varias fotografías estadísticas que fueran posibles de cruzar y mantener una película que permitiera obtener un diagnóstico sobre el aumento, permanencia o disminución de las actividades que atentaban contra los derechos de autor y conexos en el país.

Así fue que a partir del año 2003, se asumió por el Estado que las asociaciones más representativas de titulares de derechos de autor y derechos conexos podían ser grandes colaboradores en la tarea de tratar de dimensionar la incidencia que tienen las industrias culturales en la actividad económico-cultural del país y el daño estimado que generaba la actividad delictiva que las afecta directamente, conocida comúnmente como piratería. Todo lo cual resultaba relevante para un país pequeño como Chile que quería insertarse en el proceso de la globalización para aprovechar sus oportunidades y responder a sus compromisos internacionales asumidos al firmar diversos acuerdos o tratados que fomentaban el libre comercio.

Desde ese mismo año 2003 se iniciaba un proceso de elaboración continua de datos estadísticos que ha continuado hasta el presente y que ha ido sumando a los representantes de diversas asociaciones representativas de los titulares de derechos de autor y conexos quienes aportan una gran cantidad de información, la cual, es sometida a estrictos controles de calidad por organismos públicos especializados. Ese primer año, fruto de esta colaboración ya se podía leer en la Memoria Cultura 2003 del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, que las pérdidas que generaba la piratería eran del orden de los US\$ 200 millones de dólares al año para el conjunto de las industrias culturales, repartiéndose esta cifra el año 2002 en US\$ 150

⁹⁵ Ver Página 12, Memoria Cultura 2003 del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Febrero 2004.

⁹⁶ No es poco frecuente detectar el uso de recursos de software (navegadores, FTP, IRC, P2P, etc.) o sitios (páginas web) que permiten realizar operaciones destinadas a la descarga o intercambio instantáneo de contenidos en diversos formatos de texto, audio, video o imágenes fijas.

millones para el sector de la Informática, seguido por el editorial con US\$ 25 millones, luego el de música grabada (fonográfica) con US\$ 20 millones y finalmente se encuentra la venta de videos ilegales con US\$ 7 millones.

Ese comienzo fue relevante para proponer desde el sector privado que se dedicara mayor atención hacia otros datos estadísticos que ya existían pero que no estaban siendo debidamente procesados en forma cruzada, de modo tal que si podían obtenerse con relativa facilidad desde otras fuentes públicas, estos datos eran esenciales para verificar el real y progresivo aumento de la piratería en el país. Con esas cifras, que tenía el propio Estado a su disposición, se pudo diagnosticar que se habían tenido que destinar mayores cantidades de recursos públicos a la persecución de estos delitos. Es así que, las labores de control policial reflejaban un crecimiento anual de los detenidos por delitos cometidos contra la ley de propiedad intelectual, según cifras aportadas por Carabineros de Chile⁹⁷, que había aumentado en el período 2000-2003 en un 832%. Por su parte, se observaba un aumento del nivel de demanda de la actividad judicial requerida en el mismo período, según informaba la Corte Suprema de Justicia⁹⁸, que presentó un crecimiento de un 207% sólo respecto al ingreso de causas a los Tribunales de Justicia por estos delitos.

A continuación, se pueden verificar el comportamiento estadístico de lo anteriormente descrito pero considerando las cifras disponibles a marzo de 2007.

⁹⁷ Fuente: Carabineros de Chile. Departamento de Servicios Policiales. Sección Evaluación y Planificación. Marzo 2004.

⁹⁸ Oficio n°: 5DI-2113 de fecha 23 de marzo de 2004 emitido por la Corte Suprema. Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Cuadro N° 9. Cifras de aprehensiones efectuadas por Carabineros.

Delitos contra la Propiedad Intelectual	APREHENSIONES AÑO 2000	APREHENSIONES AÑO 2001	APREHENSIONES AÑO 2002	APREHENSIONES AÑO 2003	APREHENSIONES AÑO 2004	APREHENSIONES AÑO 2005
I ZONA DE TARAPACÁ	4	50	182	208	473	544
II ZONA DE ANTOFAGASTA	23	63	125	212	246	346
III ZONA ATACAMA	1	10	30	12	39	155
IV ZONA COQUIMBO	59	39	92	137	179	273
V ZONA VALPARAISO	41	207	246	333	324	506
VI ZONA L. BDO. O'HIGGINS	3	58	113	130	96	274
VII ZONA MAULE	6	30	92	191	139	173
VIII ZONA BÍO BÍO	7	216	519	566	330	360
IX ZONA ARAUCANÍA	9	12	64	40	27	74
X ZONA LOS LAGOS	2	57	112	39	62	223
XI ZONA AYSÉN GRAL. IBÁÑEZ	1	1	0	0	2	0
XII ZONA MAGALLANES Y ANTÁRTICA	0	3	4	0	10	5
JEF. ZONA METROPOLITANA	337	1459	2084	2728	4171	3564
TOTAL ZONAS	493	2205	3663	4596	6098	6497

Cuadro Nº 10. Cifras de personas puestas a disposición de los tribunales de justicia por la Policía de Investigaciones de Chile.

Delitos contra la Propiedad Intelectual	Nº de personas puestas a disposición AÑO 2000	Nº de personas puestas a disposición AÑO 2001	Nº de personas puestas a disposición AÑO 2002	Nº de personas puestas a disposición AÑO 2003	Nº de personas puestas a disposición AÑO 2004	Nº de personas puestas a disposición AÑO 2005
I REGIÓN	2	5	13	16	152	233
II REGIÓN	1	3	8	4	13	43
III REGIÓN	0	6	20	18	94	71
IV REGIÓN	5	5	0	12	27	81
V REGIÓN	3	18	14	27	71	138
VI REGIÓN	1	1	1	2	16	70
VII REGIÓN	2	7	2	5	26	83
VIII REGIÓN	2	1	4	8	28	91
IX REGIÓN	0	2	6	18	6	15
X REGIÓN	1	8	3	1	12	61
XI REGIÓN	0	0	0	0	0	0
XII REGIÓN	1	2	6	4	8	4
REGIÓN METROPOLITANA	29	35 ⁹⁹	55	74	111	324
TOTAL REGIONES	47	93	132	189	564	1214

⁹⁹ Para llegar a esta cifra se sumaron a las 32 personas que en la Región metropolitana fueron puestas a disposición de los tribunales (los 29 Hombres y 6 Mujeres) otros 3 individuos que aportaron la Jefatura Nacional de Extranjería y Policía Internacional (1 persona) y la [Brigada de Investigaciones Policiales Especiales - BIPE](#) (2 personas). Lo anterior se hizo en consideración a las cifras publicadas por el INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS en el Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2001. Páginas 119, 127, 135, 143, 153, 161, 169, 177, 185, 193, 201 y 217.

Adicionalmente a lo expuesto en los cuadros anteriores, cabe destacar que de las estadísticas policiales revisadas, se puede observar que la tendencia, a la hora de separar por sexo a los autores de este tipo de delitos, es que estos son mayoritariamente cometidos por hombres. En tal sentido, las estadísticas del año 2004 de Carabineros arrojan como resultado que del total de 6.098 personas aprehendidas a nivel nacional, 4.766 fueron hombres y 1.332 eran mujeres¹⁰⁰ Mientras que en el caso de las cifras aportadas por la Policía de Investigaciones de Chile, la participación por sexos en el total de 564 personas fue de 446 Hombres y 118 mujeres.¹⁰¹ Dicha tendencia se mantuvo durante el año 2005, ya que, en las cifras de Carabineros se señala que del total de 6.497 personas aprehendidas en todo el país, 5.126 fueron hombres y 1.371 correspondieron a mujeres.¹⁰² A su vez, las cifras de la Policía de Investigaciones señalan que ese año, del total de 1.214 personas puestas a disposición de los tribunales, 939 fueron Hombres y 275 eran Mujeres.¹⁰³

Por otra parte, si se atiende a las cifras aportadas por la Policía de Investigaciones de Chile en cuanto a la nacionalidad y grupo etéreo de quienes cometen estos delitos, se observa que en los últimos 5 años ha ido en aumento la participación de extranjeros y de menores de edad en la comisión de estos ilícitos. Es así que del universo de personas puestas a disposición de los tribunales el año 2000, que fueron 47 individuos, 44 de ellos eran chilenos y 3 eran extranjeros. A su vez, de ese total de 47 personas, 46 eran adultos y 1 era un menor de edad, el que tenía menos de 16 años.¹⁰⁴ Durante el 2001 del total de 93 personas todas eran chilenas, de ellos 91 eran adultos y 2 eran menores, de estos últimos, uno de ellos tenía menos de 16 años y el otro se encontraba en el rango etéreo entre los 16 y 17 años.¹⁰⁵ El año 2002, del total de personas que fue 132, 120 eran chilenos y 12 extranjeros. En cuanto a sus edades todos eran mayores de edad.¹⁰⁶ Por su parte, el año 2003 del universo de 189 personas, 183 eran chilenas y 6 extranjeros. De ellos 187 eran mayores de edad y 2 eran menores, encontrándose estos dos últimos en el rango etéreo entre los 16 y 17 años.¹⁰⁷ Durante el año 2004 se observa que respecto del universo de 564 personas puestas a disposición de los tribunales a nivel nacional, 476 eran de nacionalidad chilena y 88 eran extranjeros. De ellos, 550 eran adultos y 14 eran menores de edad, de estos últimos, 8 de ellos eran menores de 16 años y los 6 restantes se encontraban el

¹⁰⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2004. Página 43.

¹⁰¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2004. Páginas 135 y 151.

¹⁰² INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2005. Página 35. Santiago de Chile. 2007.

¹⁰³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2005. Páginas 133, 149 y 165.

¹⁰⁴ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2000. Páginas 222 y 231.

¹⁰⁵ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2001. Página 225 y 234.

¹⁰⁶ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2002. Páginas 225 y 234.

¹⁰⁷ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2003. Páginas 257 y 266.

segmento etéreo entre los 16 y 17 años de edad.¹⁰⁸ Finalmente, durante 2005, atendida la nacionalidad del total del universo de 1.214 personas, 1.129 fueron chilenos y 85 extranjeros. De todos ellos, 1.167 eran adultos y 47 eran menores de edad, 9 tenían menos de 16 años y 38 estaban en el rango entre los 16 a 17 años.¹⁰⁹

Cuadro N°11. Días y horas de mayor y menor ocurrencia de los delitos investigados en materia de propiedad intelectual por la Policía de Investigaciones de Chile a nivel nacional.

Delitos contra la Propiedad Intelectual	Año 2000	Año 2001	Año 2002	Año 2003	Año 2004	Año 2005
Días mayor ocurrencia a nivel nacional	Martes	Viernes	N/A Ed. Digital INE pasa de Pg. 85 a Pg. 89	Miércoles	Viernes	Jueves
	Miércoles	Sábado	N/A bis in idem	Martes	Miércoles	Domingo
Días menor ocurrencia a nivel nacional	Domingo	Domingo	N/A bis in idem	Domingo	Lunes	Lunes
	Sábado	Martes	N/A bis in idem	Sábado	Martes	Viernes
Horas mayor ocurrencia a nivel nacional	Entre las 12:01 a 16:00 hrs. y	Entre las 08:01 a 12:00 hrs. y	Entre las 16:01 a 20:00 hrs. y	Entre las 16:01 a 20:00 hrs. y	Entre las 12:01 a 16:00 hrs. y	Entre las 12:01 a 16:00 hrs.
	entre las 08:01 a 12:00 hrs.	Entre las 00:01 y 04:00 hrs.	Entre las 08:01 y a 12:00 hrs.	Entre las 12:01 a 16:00 hrs.	Entre las 16:01 a 20:00 hrs.	Entre las 08:01 a 12:00 hrs.
Horas menor ocurrencia a nivel nacional	Entre las 04:01 a 08:00 hrs.	Entre las 20:01 a 24:00 hrs.	Entre las 20:01 a 24:00 hrs.	Entre las 04:01 a 08:00 hrs.	Entre las 04:01 a 08:00 hrs.	Entre las 00:01 a 04:00 hrs.

¹⁰⁸ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2004. Páginas 257 y 266.

¹⁰⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS. Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2005. Páginas 279 y 288. Santiago de Chile. 2006.

Cuadro N° 12. Cifras de delitos investigados, por regiones policiales por la Policía de Investigaciones de Chile.

Delitos contra la Propiedad Intelectual	Delitos investigados AÑO 2000	Delitos investigados AÑO 2001	Delitos investigados AÑO 2002	Delitos investigados AÑO 2003	Delitos investigados AÑO 2004	Delitos investigados AÑO 2005
I REGIÓN	21	42	129	37	8	6
II REGIÓN	8	7	5	19	11	1
III REGIÓN	0	2	8	9	2	7
IV REGIÓN	29	1	2	3	6	5
V REGIÓN	51	145	112	103	31	10
VI REGIÓN	1	2	0	0	12	1
VII REGIÓN	5	6	3	2	3	5
VIII REGIÓN	7	72	310	291	52	9
IX REGIÓN	3	0	5	6	2	4
X REGIÓN	1	13	12	5	2	6
XI REGIÓN	1	0	1	0	1	2
XII REGIÓN	0	1	2	2	2	1
REGIÓN METROPOLITANA	313	881	565	352	859	726
TOTAL REGIONES	440	1172	1154	829	991	783

Cuadro N° 13. Cifras de causas tramitadas ante Tribunales de Justicia con competencia en materia criminal (Sistema Antiguo).

AÑO	CAUSAS INGRESADAS	CAUSAS TERMINADAS				
		Sentencia Condenatoria	Sentencia Absolutoria	Sobreseimiento Definitivo	Sobreseimiento Temporal	Total Término
1998	145	11	1	0	37	49
1999	485	40	7	6	104	157
2000	1060	26	1	11	342	380
2001	2188	70	7	25	1110	1212
2002	3037	163	29	27	2117	2336
2003	3267	174	33	23	2767	2997
2004	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A	N/A
2005	1935	191	23	8	2655	2877

Cabe señalar aquí que, respecto de la persecución penal de estos delitos, hay un hito importantísimo a nivel institucional que se debe considerar, esto es, la puesta en marcha del Ministerio Público y la implementación de lo que se denominó en su conjunto como la Reforma Procesal Penal. Esto significó que en el país se debían considerar etapas sucesivas de implementación gradual del nuevo sistema, lo cual ocurriría por regiones de acuerdo a un cronograma establecido en la Ley Orgánica Constitucional 19.640 del 15 de octubre de 1999. En efecto, de acuerdo a la ley, correspondió comenzar por la IV Región de Coquimbo y IX de La Araucanía, en las que el nuevo sistema de procedimiento penal se inicia a partir del 16 de diciembre de 2000.

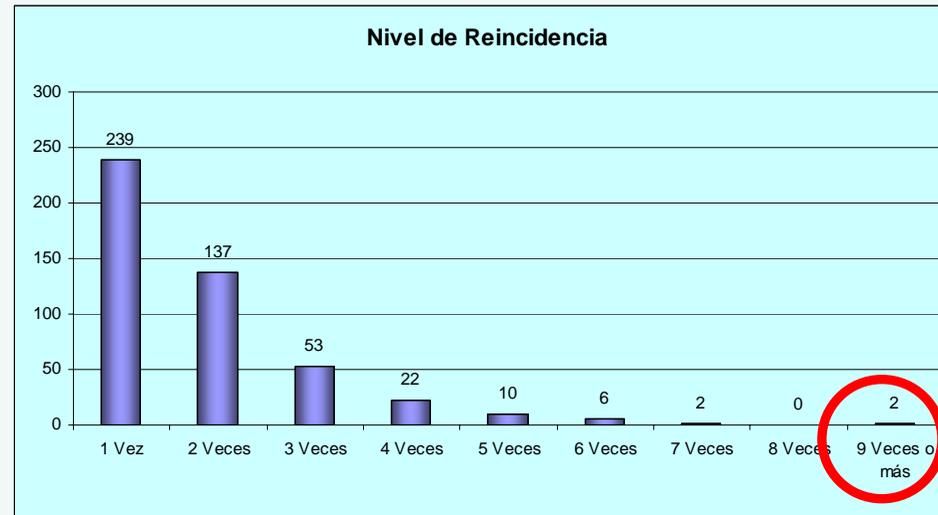
Antes de un año, el 16 de octubre de 2001, el sistema entró en operaciones en la II Región de Antofagasta, III Región de Atacama y VII Región del Maule.

El 16 de diciembre de 2002 comenzó a regir en las regiones I de Tarapacá, XI de Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo y la XII Región de Magallanes y de la Antártica Chilena. Quedó así para el final la implementación de las dos últimas etapas que consideraban la incorporación de las regiones más populosas del país. Así en diciembre de 2003 correspondió que entrara en funciones en las regiones V de Valparaíso, VI del Libertador Bernardo O'Higgins, VIII del Bío Bío y X de Los Lagos. En tanto, por disposición de la Ley N° 19.919, publicada en el DO 20.12.2003, se postergó el plazo inicialmente considerado para alcanzar a la Región Metropolitana, por lo tanto, recién a mediados del 2005 la Reforma Procesal Penal entró en vigencia en esta última región, quedando así cubierto todo el país por el nuevo sistema.

Según las estadísticas que entregara a marzo de 2004 el Ministerio Público, comprendiendo el período previo para los años 2002 y 2003¹¹⁰, la Reforma Procesal Penal que estaba funcionando hasta ese entonces en casi todas las regiones del país, excepto en la Región Metropolitana, los resultados exhibidos si bien reflejaban por una parte un aumento en la velocidad de resolución de los conflictos y un mayor número de condenas logradas para estos delitos, por la otra no permitían concluir que con el nuevo sistema se lograra superar aun la existencia de casos en que el mismo delincuente podía llegar a aparecer reincidiendo en el mismo delito en un número importante de ocasiones, a pesar de haber sido previamente condenado por los tribunales, como se aprecia en el siguiente cuadro gráfico, que informa sobre la existencia de individuos que llegaban a reincidir hasta 9 veces o más en las mismas conductas ilícitas.

¹¹⁰ MINISTERIO PÚBLICO. Estadísticas a marzo de 2004. Comprendiendo período previo de años 2002 y 2003.

Cuadro N°14.- Niveles de reincidencia.



A su vez, la reincidencia se observaba que ocurría en 10 de las 12 regiones en que se encontraba operando la reforma como lo demuestra el siguiente cuadro:

Cuadro N° 15. Cifras de reincidencia con Reforma Procesal Penal.

REINCIDENCIAS DELITOS CONTRA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

Región	I	II	III	IV	* V	* VI	VII	* VIII	IX	* X	XI	XII	
Existe reincidencia	SI	SI	SI	SI	SI	NO	SI	SI	SI	SI	SI	NO	TOTAL
REINCIDENTES	71	97	26	140	23	0	75	4	29	5	1	0	471
					**			**	**				
Total Imputados	258	307	105	341	44	7	379	45	120	10	3	3	1622
Total reincidentes	71	97	26	140	23	0	75	4	29	5	1	0	471
1 Vez		51	22	58	23		50	2	29	3	1		239
2 Veces	50	27	1	44			11	2		2			137
3 Veces	15	7	3	21			7						53
4 Veces	6	3		10			3						22
5 Veces		2		7			1						10
6 Veces		4					2						6
7 Veces		1					1						2
8 Veces													0
9 Veces o más		2											2

Si observamos entonces que desde mediados del año 2005 concluye el proceso de implementación gradual para la entrada en funcionamiento pleno de la reforma procesal penal, cubriendo desde entonces a todas las regiones del país, vemos que el nivel de ingreso a fiscalías y tribunales de estas causas ha evolucionado de la siguiente forma¹¹¹:

¹¹¹ Cabe señalar que la muestra utilizada por el Ministerio Público, que fue objeto de nuestro análisis, comprendió el periodo entre el 1/01/2005 al 30/10/2006. Todo ello de acuerdo con sus estadísticas informadas a diciembre de 2006.

Cuadro 16. Casos ingresados por delitos contra la propiedad intelectual y su estado según región¹¹²

REGIÓN FISCALÍAS	INGRESOS		SUSPENDIDOS		TERMINADOS		VIGENTES	
	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006
I de Tarapacá	653	502	123	165	454	224	76	113
II de Antofagasta	313	163	48	55	246	69	19	39
III de Atacama	169	160	25	60	138	74	6	26
IV de Coquimbo	315	303	41	60	247	95	27	148
V de Valparaíso	640	607	144	183	469	250	27	174
VI de O'Higgins	313	387	91	134	218	226	4	27
VII del Maule	263	300	73	98	179	106	11	96
VIII del Bio-Bío	470	498	92	117	347	221	31	160
IX de la Araucanía	88	150	24	66	54	54	10	30
X de Los Lagos	256	372	58	90	183	135	15	147
XI de Aysén	4	9	3	6	1	1	0	2
XII de Magallanes y Antártica	9	11	1	0	5	1	3	10
Metropolitanas:								
Centro Norte	616	1240	210	562	354	406	52	272
Oriente	266	422	89	215	174	146	3	61
Poniente	384	694	111	314	270	323	3	57
Sur	199	614	49	356	141	196	9	62
TOTAL	4958	6432	1182	2481	3480	2527	296	1424

Por su parte, los datos relativos a causales de término que se aplican a los ilícitos investigados a nivel de cada región y en el mismo período considerado en el cuadro anterior, arrojan el siguiente panorama:¹¹³

¹¹² Cabe señalar que la muestra utilizada por el Ministerio Público, que fue objeto de nuestro análisis, comprendió el periodo entre el 1/01/2005 al 30/10/2006. Todo ello de acuerdo con sus estadísticas informadas a diciembre de 2006.

¹¹³ Cabe señalar que la muestra utilizada por el Ministerio Público, que fue objeto de nuestro análisis, comprendió el periodo entre el 1/01/2005 al 30/10/2006. Todo ello de acuerdo con sus estadísticas informadas a diciembre de 2006.

Cuadro 17. Tipos de término aplicados por relación.

Tipo de término	Región I		Región II		Región III		Región IV		Región V		Región VI		Región VII		Región VIII		Región IX		Región X		Región XI		Región XII		R.M.		TOTAL			
	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006	2005	2006		
Sentencia definitiva condenatoria	342	119	142	45	119	69	206	66	223	111	152	206	162	89	167	84	52	48	98	70	0	0	3	0	673	690	2339	1597		
Sobreseimiento definitivo	39	33	26	12	5	1	12	1	27	18	19	17	12	9	22	14	4	2	9	10	0	0	1	0	145	104	321	221		
Suspensión condicional del procedimiento	165	177	107	62	65	77	42	71	248	273	133	154	112	118	163	134	35	73	103	124	2	8	1	0	587	1712	1763	2983		
Acuerdo reparatorio	4	1	0	0	2	0	0	0	28	0	0	2	0	1	0	2	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	24	3	59	9
Sentencia definitiva absolutoria	2	2	0	0	0	1	0	2	15	3	3	0	4	0	0	1	0	0	0	1	0	0	0	0	2	4	28	14		
Sobreseimiento temporal	11	6	3	3	3	1	11	1	8	2	7	6	3	0	10	3	2	0	1	0	1	0	0	0	11	6	77	28		
Subtotal Salidas Judiciales	563	338	286	122	194	149	271	141	549	407	314	385	293	217	362	238	94	123	211	205	3	8	5	0	1442	2519	4587	4852		
Archivo provisional	88	21	26	10	0	2	20	12	22	31	23	26	10	7	101	55	6	1	16	9	0	0	1	0	99	134	412	308		
Principio de oportunidad	50	31	43	12	25	24	39	21	192	110	64	62	26	21	80	80	5	10	55	71	1	0	0	0	115	273	695	715		
Facultad para no investigar	6	36	5	4	0	1	2	0	6	12	0	1	0	5	2	3	0	0	1	0	0	0	0	0	9	17	31	79		
Incompetencia	0	0	1	1	0	0	0	1	1	1	0	8	0	1	2	2	1	0	1	4	0	0	0	0	8	3	14	21		
Anulación administrativa	0	0	1	0	0	0	2	0	3	1	4	2	0	0	2	1	2	0	1	1	0	0	0	0	15	12	30	17		
Agrupación a otro caso	36	25	14	3	9	7	22	14	30	32	6	20	9	16	13	10	2	5	14	8	0	1	2	1	105	113	262	255		
Otras causales de término	0	3	2	0	0	2	2	0	0	0	1	1	1	1	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	10	24	17	32		
Otras causales de suspensión	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	1	0	1	1		
Subtotal términos facultativos	180	116	92	30	34	36	87	48	254	187	98	120	46	51	200	151	16	17	89	93	1	2	3	1	362	576	1462	1428		
TOTAL	743	454	378	152	228	185	358	189	803	594	412	505	339	268	562	389	110	140	300	298	4	10	8	1	775		6049	6280		

Finalmente, un dato muy relevante se refiere a las personas que han sido objeto de una formalización de la investigación en más de una oportunidad desde la entrada en vigencia del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en la IV y IX regiones hasta el 30 de octubre de 2006, esto es, aquellos casos en que una persona incurre en una reiteración de la conducta delictual prevista y sancionada en la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, afectándose con la comisión de delitos de la misma especie, el mismo bien jurídico protegido por la mencionada norma.¹¹⁴

¹¹⁴ Cabe señalar que la muestra utilizada por el Ministerio Público, que fue objeto de nuestro análisis, comprendió el periodo entre el 1/01/2005 al 30/10/2006. Todo ello de acuerdo con sus estadísticas informadas a diciembre de 2006.

Cuadro 18. Niveles de Reiteración en las conductas previstas y sancionadas por Ley N° 17.336.

N° de veces que persona ha sido formalizada	N° de personas
1	4.199
2	905
3	184
4	75
5	27
6	16
7	4
8	4
9	3
10	1
12	1
TOTAL	5419

IV.III.- El factor legal.

En función de las cifras consideradas, constituye una realidad que no sólo la Ley n° 17.336 sobre Propiedad Intelectual puede presentar problemas para reaccionar frente a estos delitos -atendida la defectuosa construcción de sus tipos penales y la falta de utilización de parámetros de sanción que atiendan a los aplicables frente a delitos equivalentes- sino que también deben considerarse otros factores que han sido detectados en normas procesales penales vigentes de aplicación general en el país y que no aparecen como un gran aliado a la hora de perseguir estos delitos o cuando se necesite contar con herramientas adecuadas para la investigación y prevención de los mismos. Así a vía de ejemplo vemos en las normas del Código

Procesal Penal la facultad de los fiscales de aplicar el Principio de oportunidad, atendido el nivel de pena contemplado para estos delitos (Art. 170)¹¹⁵; la posibilidad de recurrir al Procedimiento Simplificado (Art. 388 y ss.) que es un procedimiento especial que se realiza ante el juez de garantía y que se aplica para la investigación y resolución de las faltas y, además de los simples delitos, respecto de los cuales los fiscales del Ministerio Público requieran la imposición de una pena que no exceda los 540 días de presidio o reclusión; o la falta de considerar la posibilidad real de recurrir al uso de instrumentos de investigación efectivos (como por ej. la interceptación de comunicaciones telefónicas del Art. 222 del Código Procesal Penal u otras como el uso de agentes encubiertos, informantes, u otras de las que se contemplan en la Ley n° 20.000 que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Arts. 23 y siguientes), medios que permitirían llegar a desbaratar de mejor manera a las agrupaciones dedicadas a la comisión de estos ilícitos, respetando estrictamente las garantías de los sujetos a investigar, atendida la situación particular que estas organizaciones criminales mayores se ocultan detrás de los vendedores callejeros, quienes constituyen sólo una pantalla que cubre un problema de orden público mucho mayor. Por tanto, haciendo los ajustes adecuados, a través de las modificaciones que permitan ir superando los problemas detectados, se permitirá llegar a la aplicación concreta de medidas que resulten realmente disuasivas y evitar situaciones de reiteración y reincidencia de las conductas ilícitas mencionadas. En particular, cabe hacer la prevención que mientras esto no se haga, estaremos aun bastante alejados de poder contar con un sistema jurídico que ofrezca las herramientas necesarias para enfrentar muchas de las conductas que, actualmente se observan como usos asociados a la utilización inadecuada de las nuevas tecnologías.

IV.IV.- Tareas pendientes.

Si bien puede argumentarse que se han hecho algunos intentos por actualizar las normas de la ley de propiedad intelectual, no se han producido nuevas modificaciones desde el año 2003, que intentaron adecuar nuestra normativa a los requerimientos mínimos señalados en el Acuerdo sobre los ADPIC y el TLC con los EEUU. Por ello, estimo que aun no se logra superar algunos temas pendientes como: las carencias relativas a herramientas de investigación, la falta de sanciones que sigan los parámetros considerados en relación a delitos de gravedad equivalente y el establecimiento de

¹¹⁵ Podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

medidas de observancia que permitan prevenir y disuadir¹¹⁶ de la comisión de las conductas ilícitas que afectan constantemente los derechos intelectuales de los respectivos titulares.

En definitiva, queda mucho por hacer, particularmente en materia de legislación de derechos de autor y derechos conexos, para así poder aprovechar efectivamente las oportunidades que nos ofrecen los avances tecnológicos y las alianzas comerciales recientemente ratificadas por nuestro país. En particular, dicha tarea debe contemplar la incorporación de normas que contemplen reglas de protección que sean acordes a la experiencia comparada.

¹¹⁶ La falta del poder disuasivo del actual régimen de sanciones asociado al sistema de protección de los derechos de autor y los derechos conexos, queda en evidencia tratándose de los delitos que afectan estos bienes jurídicos con mayor frecuencia, principalmente actos ilícitos asociados a la reproducción, distribución, importación, adquisición o tenencia con fines de venta no autorizados, en que sólo se aplica una sanción de presidio menor en su grado mínimo, esto es, desde los 61 días a 540 días de presidio y en caso de reincidencia, quienes hayan sido condenado previamente, pueden llegar a ser castigados con 541 días hasta 3 años de presidio. Nuestras apreciaciones sobre el particular, pueden revisarse con mayor detalle en el trabajo "Necesidad de modificar la Ley de Propiedad Intelectual chilena para combatir la Piratería y sus vínculos con el Crimen Organizado." En la Revista Electrónica de Derecho Informático, N° 119, agosto de 2003 <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/80303--19-1-Ossa082003.pdf>

IV.V.- El Proyecto del Ejecutivo.

A poco andar del año 2004, el Poder Ejecutivo presentó un proyecto de ley¹¹⁷ ante el Congreso Nacional, que se estimó se encontraba bastante lejos de ofrecer las herramientas necesarias para poder superar los problemas diagnosticados porque consideraba desviar el conocimiento de algunos delitos actualmente conocidos por tribunales del ámbito penal hacia juzgados de policía local, convirtiéndolos en infracciones menores (faltas), se propusieron penas de aplicación alternativa (presidio o multa) en reemplazo de las generalmente existentes que son copulativas (presidio y multa) –las propuestas de sanción no resultaban ser disuasivas ni menos preventivas–, y se aumentaban las exigencias para poder llegar a sancionar a los delincuentes (ánimo de lucro, intención de perjudicar, superar determinados montos de perjuicios bastante elevados).

Asimismo, se aumentaron las exigencias a las víctimas de estos delitos para llegar a ejercer la defensa de sus derechos (acciones civiles); el destino de las especies ilícitas que debieran destruirse podrían llegar a tener otros destinos, lo que resultaba inadecuado con relación a las exigencias de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), la Organización Mundial de Comercio (OMC) según el Acuerdo APDIC y los últimos Tratados de Libre Comercio que Chile ha suscrito y debido adecuar su legislación interna en razón de sus disposiciones.

Atendida la masiva oposición a este proyecto, su discusión parlamentaria permanece “congelada” en el Congreso Nacional desde hace ya casi dos años (desde abril de 2005). En el tiempo intermedio, se viene trabajando por el Ejecutivo en un nuevo proyecto de ley que debiera haber visto la luz a

¹¹⁷ El Mensaje del Ejecutivo que contiene el proyecto de Ley que “Modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, estableciendo un estatuto normativo especial respecto de los delitos de piratería y conexos con éste”, fue ingresado a la Cámara de Diputados el Jueves 22 de Enero de 2004. Boletín n° 3461-03. Disponible en <http://sil.senado.cl/>

finis de 2006, sin embargo ello aun no ocurre pero se espera que dentro del primer semestre de 2007 se presente a consideración del Congreso Nacional.

Espero sinceramente que al final de esta larga espera, podremos comentar en su oportunidad la promulgación y publicación de una mejor legislación de protección de los derechos de nuestros creadores, artistas e industrias culturales y a través de ella ofrezcamos mejores oportunidades de inserción y difusión de nuestra cultura en un mundo globalizado. En definitiva, la adopción de las decisiones correctas en estas materias permitirá generar beneficios y oportunidades para todos los chilenos.

V.- Conclusiones.

La protección de los derechos de autor y los derechos conexos no sólo es importante para generar la prosperidad económica sino que también es un componente vital para el desarrollo cultural, pues, impulsa la subsistencia de los actos de creación que son los “puentes sensibles” que conectan el espíritu e ingenio de diversos creadores, artistas e industrias de la cultura con los intereses del gran público, permitiendo proteger e incentivar la evolución de las más diversas manifestaciones del intelecto humano, que reflejan a su vez rasgos únicos y característicos propios de la diversidad cultural de cada pueblo.

De ahí entonces, la necesidad de que países como el nuestro no sólo cuenten con las herramientas que aseguren a los titulares de derechos de autor y de derechos conexos una retribución equitativa por los aportes de ingenio y esfuerzo involucrados, sino que también deban contemplar reglas protectoras de tales derechos que permitan a los titulares desarrollar su trabajo en un entorno de tranquilidad, equilibrio y certeza jurídica.

De acuerdo al análisis efectuado, nuestra legislación en materia de derechos de autor y derechos conexos, pese a las modificaciones efectuadas en los últimos años, aun no se encuentra al día para enfrentar adecuadamente la gran cantidad de desafíos y oportunidades que ofrece la Sociedad de la Información.

Para posicionar a Chile en un rol relevante, dentro del escenario altamente competitivo asociado al mundo globalizado, debe existir una real decisión política que nos lleve a impulsar la generación de herramientas jurídicas efectivas, para superar cada uno de los desafíos que nos vayan planteando la apertura hacia nuevos mercados, pudiendo llegar a ofrecer el intercambio efectivo de nuestros conocimientos y tradiciones culturales con un valor agregado.

Para contar con una legislación suficientemente adecuada, los integrantes de los sectores público y privado, hemos tenido que redoblar nuestros esfuerzos para poder generar fórmulas o propuestas de modificación que sean acordes con las expectativas de mejorar la protección de los derechos de autor y los derechos conexos, pero a su vez debemos atender en paralelo a lo que nos demandan la comunidad nacional e internacional de usuarios frente a sus necesidades de acceso a las obras intelectuales y producciones culturales.

Por ello, a la hora de definir las políticas públicas y privadas en estas materias, resulta fundamental no sólo buscar que se produzca una actualización legislativa determinada y ofrecer a las personas la posibilidad del acceso a una infraestructura tecnológica que asegure una mejor conectividad a las redes de información. También, es necesario invertir mayores esfuerzos en actividades de educación y capacitación, en especial, aquellas que permitan facilitar la comprensión de la importancia que tiene la protección de las actividades que desarrollan los autores, artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Todos ellos, nos proveen de los insumos básicos para que las actuales y nuevas generaciones de chilenos puedan pensar seriamente en ser protagonistas de los círculos virtuosos asociados a las actividades de investigación, desarrollo e innovación, permitiéndoles ser no sólo consumidores de información sino que también generadores de nuevos conocimientos.

Los derechos de autor y los derechos conexos actúan como un factor estratégico para el desarrollo. El Estado de Chile puede aprovechar todas sus potencialidades, no sólo aquellas que permitan garantizar la permanencia o la atracción de nuevos flujos de inversión que fortalezcan las industrias culturales sino que además, aquellas que permitan rescatar y fomentar la difusión de las capacidades creativas de nuestros ciudadanos, sus tradiciones e historia, para poder impulsar nuevos modelos que permitan dar a conocer los atractivos de nuestra cultura al resto del mundo.

Bibliografía.

- 1.- Biblioteca del Congreso Nacional:
 - 1.1.- Historia de la Ley N° 17.336
 - 1.2.- Historia de la Ley N° 17.773
 - 1.3.- Historia de la Ley N° 18.443
 - 1.4.- Historia de la Ley N° 18.957
 - 1.5.- Historia de la Ley N° 19.072
 - 1.6.- Historia de la Ley N° 19.166
- 2.- Bainbridge, David. Intellectual Property. 4th Ed. London: Pitman Publishing. 1999.
- 3.- Bappert, Walter. Wege zum Urheberrecht, Pg. 13. Frankfurt, 1962.
- 4.- Bettig, Ronald V. Copyrighting Culture: The political economy of intellectual Property. Oxford: Westview Press. 1996.
- 5.- Carlson, Brian. "Balancing the Digital Scales of Copyright Law" (1997). 50 SMU Law Review 825.
- 6.- Cavalli, Jean. Génesis del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas del 9 de septiembre de 1886. Traducción al español de Castro García, Juan David y Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia. Colombia. 2006.
- 7.- Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Memoria Cultura 2003. Santiago de Chile. 2004.
- 8.- Davies, Gillian. Copyright and the Public Interest. Weinheim; New York: VCH. 1994.
- 9.- Emery, Miguel Ángel. Los nuevos tratados de la OMPI. Nueva forma de los ilícitos. Posibilidades en materia de información y supervisión. Disponible en Internet en http://www.dva.com.ar/articulos/ver_articulo.asp?id=255 y http://www.dva.com.ar/articulos/ver_articulo.asp?id=256
- 10.- Erdozain, José Carlos. Derechos de autor y propiedad intelectual en Internet. Editorial Tecnos. España. 2002.

- 11.- Ficsor, Mihály. La gestión colectiva del derecho de autor y de los derechos conexos. Ed. OMPI. Ginebra. 2002.
- 12.- Herrera Sierpe, Dina. Propiedad Intelectual. Derechos de Autor. Ley nº 17.336 y sus modificaciones. Editorial Jurídica de Chile.1999.
- 13.- Hurt, Robert M. & Schuchman, Robert M. "The economic rationale of copyright". *American economic review*, v.56, 1966.
- 14.- Instituto Nacional de Estadísticas.
 - 14.1.- Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2000.
 - 14.2.- Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2001.
 - 14.3.- Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2002.
 - 14.4.- Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2003
 - 14.5.- Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2004.
 - 14.6.- Anuario de Estadísticas Policiales: Carabineros de Chile 2005.
 - 14.7.- Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2000.
 - 14.8.- Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2001.
 - 14.9.- Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2002.
 - 14.10.- Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2003.
 - 14.11.- Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2004.
 - 14.12.- Anuario de Estadísticas Policiales: Policía de Investigaciones de Chile 2005.
 - 14.13 .- Cultura y Tiempo Libre. Informe Anual 2005.
- 15.- Larraguibel Zavala, Santiago.
 - 15.1.- Tratado sobre la propiedad industrial. Editorial Jurídica Conosur. Chile. 1995.
 - 15.2.- Derecho de Autor y Propiedad Industrial. Editorial Jurídica de Chile. 1979.
- 16.- Lypszyc, Delia. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA. Bs. Aires, Argentina.1993.

17.- Mackaay, Ejan. "The Economics of Emergent rights on the Internet". The future of copyright in a digital environment. Proceedings of the Royal Academy Colloquium organised by the Royal Netherlands Academy of Sciences (KNAW) and the Institute for Information Law, (Amsterdam, 6-7 July 1995) Editor, P. Bernt Hugenholtz ; The Hague: Kluwer Law International, 1996.

18.- Ossa Rojas, Claudio:

18.1.- "Propiedad Intelectual y sociedad de la información. ¿Está nuestra legislación al día?. En Derecho de Autor. Un desafío para la creación y el desarrollo. Ediciones LOM. Santiago de Chile. Chile 2004.

18.2.- "Crimen Organizado y piratería" publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático, nº 107 de agosto de 2002, disponible en <http://www.alfa-redi.org/revista/data/51-13.asp>

18.3.- "Necesidad de modificar la Ley de Propiedad Intelectual chilena para combatir la Piratería y sus vínculos con el Crimen Organizado." En la Revista Electrónica de Derecho Informático, Nº 119, agosto de 2003 <http://www.alfa-redi.org/upload/revista/80303--19-1-Ossa082003.pdf>

18.4.- "Regulación de contenidos en Internet: Trascendencia de los Tratados Internet de la OMPI". En Informática & Internet. Aspectos Legais Internacionais. Ed. Explanada. Brasil 2002.

19.- Phillips, Jeremy & Firth, Alison. Introduction to Intellectual Property. Third Edition. London: Butterworths. 1995.

20.- Pimenta, Eduardo. Dos crimes contra propriedade intelectual. Violação de plágio autoral. Usurpação de nome ou pseudônimo. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, SP, Brasil. 1994.

21.- Rengifo García, Ernesto. Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor. Universidad Externado de Colombia. Segunda Edición. Bogotá, Colombia. 1997.

22.- Ruiz – Tagle Vial, Pablo. Propiedad Intelectual y contratos. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

23.- Satanowsky, Isidro. Derecho Intelectual. Editorial Tipográfica Argentina. Buenos Aires. 1954.

24.- Tapia Adler, Ana María "El Impacto de los cambios Culturales en el Judaísmo" disponible en http://www.estudiosjudaicos.cl/lineas_trabajo/docencia/diploma/Judaismo%20y%20modernidad.pdf

- 25.- Verdugo, M., Mario, Pfeffer U., Emilio y Nogueira A., Humberto. Derecho Constitucional. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile.1997.
- 26.- Yu, Jolla K. The Trust and Distrust of Intellectual Property Rights. Legal Studies. Research Paper Series. Paper No. 02-04. Michigan State University College of Law. 2004.
- 27.- Zapata López, Fernando. Derecho de reproducción, contrato de edición y medidas técnicas de protección en el entorno digital. Boletín de Derecho de Autor. Vol. XXXVI N°3, 2002. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001287/128727S.pdf>