

Propiedad Intelectual y Sociedad de la información. ¿Está nuestra legislación al día?

Claudio Ossa Rojas¹

I.- Introducción.

En el esquema globalizado, que intenta regir el mundo en que vivimos, la rapidez asociada a los procesos que permiten alcanzar un efectivo acceso a grandes cantidades de información y su constante difusión, en forma actualizada, permiten que los creadores y las industrias culturales² puedan contar con nuevos medios que colaboran y facilitan la optimización de la creatividad.

Las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, vinculadas a la informática y las comunicaciones, aumentan las formas de aprovechamiento de los productos culturales que, a través de las redes de transmisión de datos, pueden ser transferidos a un mayor número de consumidores ubicados en puntos distantes superándose las limitaciones territoriales asociadas al lugar de origen en que éstos pudieran haberse generado, complementando así los modelos de negocios hasta ahora existentes, vinculados a la distribución de soportes, evolucionando a los modelos fundados en la transmisión de bits.

El desarrollo de las normas que regulan la sana utilización de estos recursos tecnológicos, no avanza a igual velocidad, produciéndose un desfase en la regulación. Esto genera, naturalmente, una serie de inquietudes e interrogantes entre quienes desean participar legalmente en los circuitos de oferta y demanda de bienes culturales.

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Especialista Universitario en Derechos de Autor y Derechos Conexos. Magíster Lucentinus. U. de Alicante, España. Ex becario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Instituto Interamericano de Derecho de Autor, Sociedad General de Autores y Editores de España, Gobierno de la República del Ecuador y del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Actualmente se desempeña como: Director Jurídico de la Asociación Gremial de Productores Fonográficos de Chile (IFPI Chile). Abogado asesor de la Comisión Nacional Anti Piratería (CONAPI) Director y Coordinador Académico de la Asociación de Derecho e Informática de Chile (ADI Chile) Coordinador para Chile de la Organización Digital Internacional Alfa-Redi y Consejero Editorial de las revistas especializadas en Derecho y Tecnologías de la Información RDI y RDDI.

² 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 Chile y Canadá, se encuentra una definición expresa de lo que se entiende por "industrias culturales", señalándose:

"Industrias Culturales 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 composición tipográfica, de ninguna de las anteriores;
- b) la producción, distribución, venta o exhibición de grabaciones de películas o video;
- c) 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."

Los derechos de los creadores, artistas e industrias culturales resultan expuestos actualmente a potencialidades de vulneración nunca antes vistas, a pesar de ello, todos están participando activamente en los procesos de desarrollo e implementación de nuevos modelos de negocios, como así también efectuando propuestas de regulación que sean coherentes con el escenario tecnológico actual.

La preocupación por estos temas atrae permanentemente la atención de los foros internacionales, siendo uno de los principales objetos de discusión la búsqueda del deseable equilibrio entre los diversos intereses que puedan resultar afectados. Es así que, el debate se orienta a la búsqueda de fórmulas que permitan ofrecer una protección adecuada tanto para los derechos de los creadores de las fuentes de información y de los usuarios, como así también, proveer la mayor cantidad de antecedentes a todos los protagonistas que participan de este nuevo escenario para que no existan dudas respecto a cómo éstos podrán aprovechar de manera legítima las ventajas asociadas a las nuevas tecnologías. La búsqueda se enfoca a generar entornos de sano acceso, dando a conocer previamente las obligaciones correlativas a los derechos que deberán ser respetados, evitando así la proliferación de utilidades ilegales de la información y que se tenga que sacrificar el fluido tráfico jurídico de los bienes intelectuales.

Chile navega en el contexto latinoamericano presentando elementos diferenciadores específicos, principalmente asociados a la aplicación de políticas públicas y privadas que han sido exitosas, ello ha permitido iniciar durante las últimas dos décadas un posicionamiento y participación destacados de nuestro país en el entorno internacional. Fiel reflejo de esto, son los importantes acuerdos internacionales recientemente ratificados, que permiten una proyección de nuestra imagen, productos y servicios más allá de las fronteras de la región americana, colocándonos frente a mercados altamente competitivos. Tal situación, hace imprescindible que se aceleren los procesos de generación y adecuación de los marcos de capacitación y normatividad que sean necesarios, para poder ofrecer herramientas y regulaciones concretas a nuestros ciudadanos, permitiéndoles participar de los beneficios de dichos acuerdos y las potencialidades de las nuevas tecnologías, aportando y gozando de los beneficios de su propia creatividad, sin tener que separarse de sus raíces culturales originarias.

Considerando todos los aspectos mencionados con anterioridad, intentaremos hacer una breve revisión de cómo ha reaccionado nuestra legislación protectora de derechos de autor y derechos conexos frente a los recientes avances tecnológicos, verificando la capacidad que ha tenido nuestro legislador para adecuar su normativa según los derechos y obligaciones que emanan de los Tratados Internacionales recientemente ratificados por Chile y cuál es, en definitiva, la realidad práctica de la aplicación de esta legislación en nuestro país y si ello hace necesario adoptar nuevas medidas urgentes de adaptación para enfrentar de mejor forma la expansión de la piratería.

II.- La Propiedad Intelectual.

II.I.- Concepto.

En el Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual³ (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, al que hace referencia este concepto, hace necesario recurrir con bastante frecuencia a tener que hacer una diferenciación básica esencial, para evitar caer en la permanente confusión terminológica que surge cuando se tratan estas materias, esto es, se debe distinguir al tratar los derechos de propiedad intelectual (género) de los derechos que constituyen especies dentro de ese género, tal es el caso de los denominados “derechos de propiedad industrial” (marcas, patentes, diseños, modelos de utilidad y denominaciones de origen) y los “derechos de autor y conexos” (obras intelectuales, prestaciones artísticas, producciones fonográficas y emisiones de organismos de radiodifusión).

La cuestión terminológica o “nomen iuris” no resulta algo irrelevante, pues la precisión de la denominación de una ley es una premisa necesaria para el buen funcionamiento de un ordenamiento fundamentado en la codificación legal. Por tal razón una denominación inadecuada conducirá a numerosos errores, contribuyendo al desorden y desconocimiento de tales materias, puesto que resultará habitual, para quien no esté familiarizado con la terminología específica, caer en la confusión natural que produce el referirse a “propiedad industrial”, “derechos de autor”, “propiedad intelectual”, “derecho de marcas”, “derecho de patentes”, etc.

La denominación “Ley de Propiedad Intelectual” elegida para nuestra legislación de derechos de autor y conexos⁴, resulta bastante desafortunada pues facilita caer en confusiones innecesarias, más aun si se tiene en consideración la existencia de otro cuerpo legal especializado que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de

³ Publicado en el Diario Oficial N° 29.159 de 23 de mayo de 1975.

⁴ España, Filipinas, Burundi, Sri Lanka, Bolivia y Chile denominan a la legislación relativa a los derechos de autor y los derechos conexos como “propiedad intelectual”.

Propiedad Industrial⁵, situación que deja de manifiesto que es necesario adecuar nuestra terminología a la internacionalmente aceptada.

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

Si bien la noción de derecho de autor siempre ha existido, durante mucho tiempo no tuvo una expresión en el campo de la legislación.

En la antigüedad, en Grecia y en Roma, ya se condenaba el plagio por deshonoroso. 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 se ponía en juego sus derechos intelectuales y morales.⁶

El hecho de transformar las condiciones de difusión de las obras impresas, la invención de la imprenta y de las técnicas de grabado en el siglo XV constituyen hitos tecnológicos relevantes en la historia de la propiedad intelectual del mundo occidental.⁷

Desde entonces, se puede afirmar que la propiedad intelectual evoluciona junto a la tecnología, es así que a través de la historia tales hitos tecnológicos generarían el desarrollo de normativa correlativa referida a estos derechos.

Pocos años después de la aparición de la imprenta en 1456, se producirá el primer privilegio de librería del que se tenga noticia concedido por el Senado de Venecia a Giovanni Spira (1469) para editar las cartas de Cicerón y Plinio. Luego, en 1495, la misma Cámara 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.

En la órbita de la corona española, en el año 1763, el rey Carlos III dictó una ley pragmática que concedía al propio autor el monopolio de explotación de la obra y desde 1764, se dispuso que los derechos del autor fallecido se hicieran transmisibles a sus herederos. En 1847 se dicta una ley sobre la materia de derechos de autor que sería modificada el año 1879 por la Ley española que por

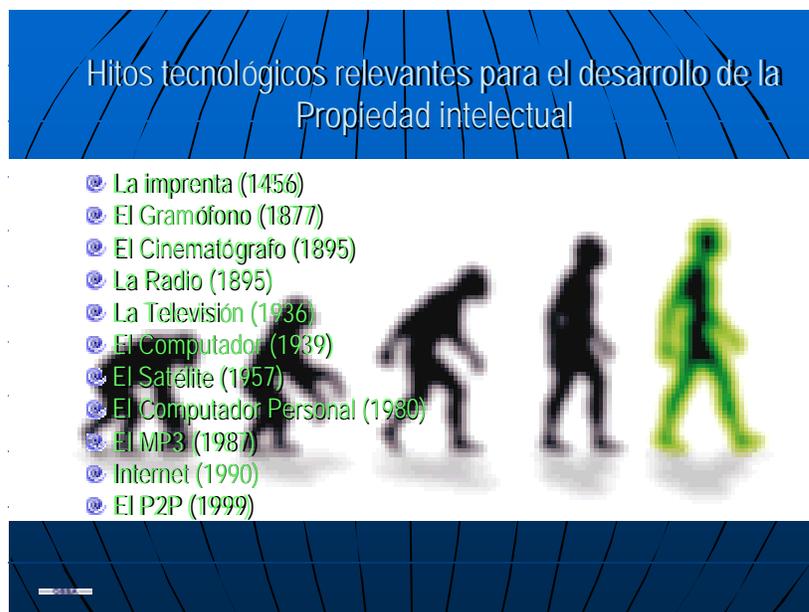
⁵ Ley N° 19.039. Publicada en el Diario Oficial N° 33.877 de 25 de enero de 1991.

⁶ 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.

⁷ A pesar que la invención de la imprenta de tipos móviles en Europa en el año 1456 se atribuye a Gutemberg, debe reconocerse sin embargo, que la técnica de la impresión, desconocida para los europeos, existía hacia siglos en China y en Corea, y la noción de propiedad sobre los resultados del trabajo intelectual ya eran reconocidos antes de este hito.

primera vez utilizaría la expresión “propiedad intelectual” para identificar las creaciones del espíritu que hubieran sido exteriorizadas, dictada por Alfonso XII.⁸

Durante los siglos siguientes encontramos otros hitos tecnológicos en la aparición del gramófono que en 1877 revolucionaría la forma de escuchar las obras musicales y posteriormente vendrían: el cinematógrafo (1895), la radio (1895), la televisión (1936), el computador (1939), el satélite (1957), el computador personal (1980), la aparición del formato de compresión de archivos digitales de música MP3⁹ (1987), la red abierta de Internet (1990) y el sistema de transferencia de archivos digitales entre pares conocido como P2P¹⁰ (1999).



⁸ Pimenta, Eduardo. Dos crimes contra propriedade intelectual. Violação de directo autoral. Usurpação de nome ou pseudônimo. Páginas 18 a 24. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, SP, Brasil. 1994.

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.

¹⁰ 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.

La evolución de la normativa internacional en materia de derechos de autor no resulta ajena a estos avances tecnológicos y refleja su evolución en instrumentos multilaterales de importancia que nacen en siglo XIX (Convenio de Berna) y otros más recientes que surgen a raíz de la globalización del comercio internacional y las nuevas tecnologías (Acuerdo ADPIC y Tratados Internet de la OMPI)



Evolución normativa (Derechos de Autor)

- Convenio de Berna: se consolida desde su firma en 1886 hasta la adopción de su última Acta de Revisión en 1971 (Publicado en D. Oficial 5/06/1975)
- Acuerdo sobre los ADPIC (1994) resultado de los trabajos emprendidos por el GATT que llevó a la Propiedad Intelectual al ámbito de negociaciones comerciales multilaterales (Publicado en D. Oficial 17/05/1995)
- Tratado OMPI sobre Derecho de Autor -TODA- (1996) crea las bases para controlar el trasiego de las obras digitales a través de redes digitales (Publicado en D. Oficial de 7/03/2003)

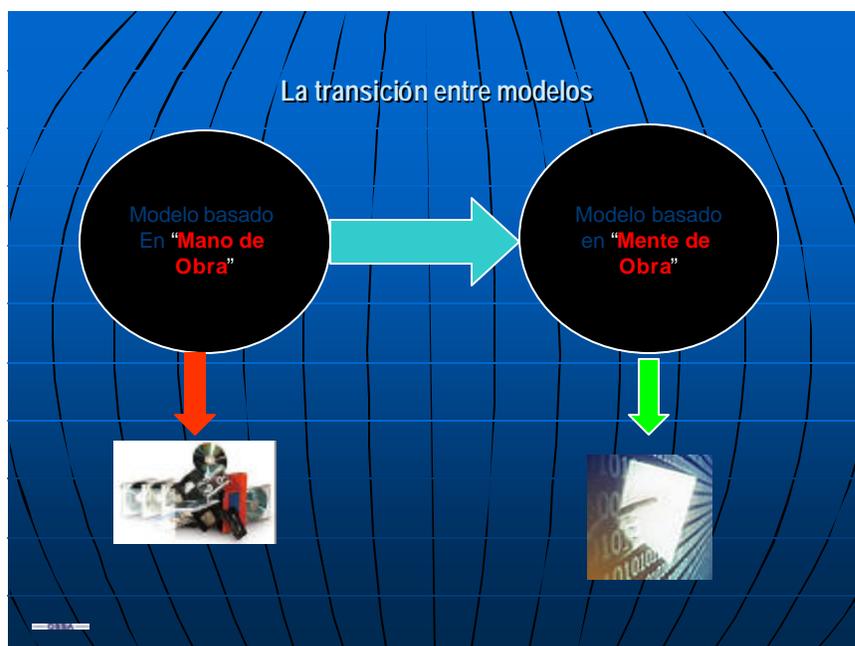
Por su parte, la evolución normativa de los derechos conexos a nivel internacional surge a contar de la segunda mitad del siglo XX y se desarrolla cronológicamente de la siguiente forma:



Evolución normativa (Derechos Conexos)

- Convención de Roma (1961): Sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Publicada en D. Oficial 26/07/1974)
- Convenio Fonogramas (1971): Para la protección de los fonogramas contra su reproducción no autorizada (Publicado en D. Oficial 9/03/1977)
- Acuerdo sobre los ADPIC (1994) resultado de los trabajos emprendidos por el GATT que llevó a la Propiedad Intelectual al ámbito de negociaciones comerciales multilaterales (Publicado en D. Oficial 17/05/1995)
- Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas - TOIEF- de 1996 (Publicado en D. Oficial 22/08/2003)

Al igual que lo que ocurriera con la aparición de la imprenta, la Sociedad de la Información vino a plantear una necesidad de adecuar no sólo la regulación jurídica existente sino que también se ha debido avanzar en el desarrollo de nuevos modelos de negocios, atendido el hecho que se está experimentando una transición desde un modelo que tradicionalmente funcionaba ligado a la producción y distribución de soportes físicos, contenedores de bienes intelectuales (Modelo de “mano de obra”= fábricas con chimeneas), hacia uno que privilegia la transferencia electrónica de los bienes intelectuales a través de redes abiertas como Internet (Modelo de “mente de obra”= fábricas de bits).



Esta realidad ya había sido anticipada por algunos protagonistas mundiales de los foros y mercados relacionados con las Tecnologías de la Información y las telecomunicaciones (TIC's):

- **Nicholas Negroponte** dijo hace algunos años atrás que “El envío de música grabada en forma de piezas de plástico, como así también el lento manejo humano de la mayor parte de la información, en forma de libros, revistas, periódicos y videocasetes, está por convertirse en la transferencia instantánea y a bajo costo de datos electrónicos, que se mueven a la velocidad de la luz. De esta manera la información se vuelve universalmente accesible”¹¹.
- **William H. Gates III (Bill Gates)** señaló por su parte que las herramientas informáticas son “mediadores simbólicos que amplifican el intelecto más que el músculo de quienes las utilizan” y al respecto consideró que “de la misma manera que cualquier texto se puede representar mediante una fila de letras, estas herramientas permiten que la información de todo tipo se pueda representar en forma digital en una estructura de impulsos eléctricos que son fáciles de manejar para las computadoras”¹², éstas ofrecen, a su vez, un enorme

¹¹ Nicholas Negroponte. Ser Digital. Página 12. Ed. Atlántida. Bs. Aires. Argentina 1995.

¹² Gates, William. Camino al futuro. Páginas 5 y 111. Ed. McGraw-Hill. España.1995.

potencial de redistribución de los datos al estar interconectadas.¹³ Estas nuevas vías de comunicación tendrán la particularidad de eliminar las distancias porque “esta red altamente mediada no se verá constreñida por millas ni kilómetros” y permitirán la circulación expedita de múltiples documentos que serán almacenados digitalmente, los cuales “incluirán imágenes, audio, instrucciones de programación para hacer posible la interactividad y animación, o una combinación de estos y otros elementos”.¹⁴

- **Esther Dyson** señala al referirse a los datos que circulan como contenido a través de las redes abiertas, como Internet, y que son representados en forma de bits que ellos son “potencialmente propiedad intelectual: conversaciones de correo electrónico, pancartas publicitarias, películas y fragmentos de vídeo, documentos legales, bases de datos de información para el consumidor, incluso las mismas direcciones de Internet, por no hablar del contenido tradicionalmente empaquetado como videos, imágenes y artículos de noticias.” Respecto de los usos posibles que se puede dar a tales contenidos señala esta autora que “una persona le puede dar una copia a otra y quedarse con el original. Se puede enviar cualquier información a miles de personas que viven en el otro extremo del mundo en apenas unos segundos”¹⁵. Con estas apreciaciones Dyson deja al descubierto que los computadores y la red Internet que los conecta entre sí “facilita enormemente y de forma casi gratuita la reproducción del contenido y su envío o recuperación desde cualquier parte del planeta.”¹⁶

A pesar de toda la evolución tecnológica, los avances en cuanto a la normativa internacional de los derechos de autor y los derechos conexos y que se está avanzando hacia la transición entre modelos de negocios, hay factores determinantes que no deben olvidarse y que se mantienen inalterables:

1) los creadores y artistas son seres humanos y, al igual que cualquier persona, tienen necesidades y cuentas que cubrir. Por ello su legítimo derecho a defender las posibilidades que su don particular les permita sustentar su vida, pudiendo cobrar una retribución por el fruto de su trabajo a la comunidad que recibe el beneficio del mismo.

2) las industrias culturales siguen asumiendo un rol activo, junto a los autores y los artistas, que incide en el fomento de las actividades creativas, el desarrollo cultural y la generación de nuevos modelos de negocios. Evitando, paralelamente, que se produzca el aumento de la utilización indiscriminada y masiva de los bienes intelectuales en forma ilícita.

Hoy más que nunca, sigue siendo esencial que se produzca la colaboración entre todos los titulares de derechos, para enfrentar los problemas que les son comunes, en especial, las

¹³ Dicho proceso de interconexión en los EEUU sirvió para compararlo con otro proyecto masivo a escala nacional, cual fue, el emparrillado de ese país con autopistas interestatales que se inició en la época del Presidente Eisenhower. De ahí surge la asociación con el concepto de “Autopistas de la Información” popularizado por Al Gore (ex senador y ex vicepresidente de ese país) cuyo padre patrocinó en 1956 la Federal Aid Highway Act. Ver Gates, William. Ob. Citada. Página 5.

¹⁴ Gates, William. Ob. citada. Página 111.

¹⁵ Dyson, Esther. Release 2.0. A design for living in the digital. Página 167. Ediciones B, S.A. España 1997.

¹⁶ Dyson, Esther. Ob. Citada. Página 168.

actividades de crimen organizado¹⁷ que se asocian a la piratería y las nuevas tecnologías. Resultando fundamental, las labores de capacitación y educación, además de la promoción de la adecuación de la legislación interna, de acuerdo con las exigencias que imponen los tiempos actuales.

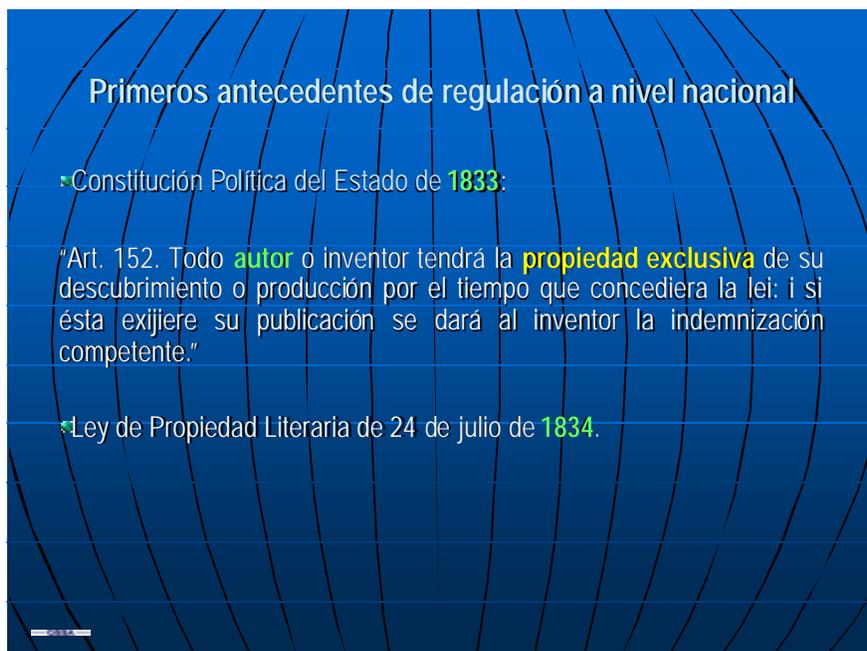
La protección de los derechos de autor y los derechos conexos no sólo es importante para generar la prosperidad económica sino que también es un componente vital para el desarrollo cultural, pues, impulsa los actos de creación que son los “puentes sensibles” que conectan el espíritu e ingenio de diversos 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 rasgos únicos y característicos propios de nuestra diversidad cultural.

De ahí entonces, la necesidad 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.

¹⁷ 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>

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

Nuestro país, registra la primera legislación especial sobre estas materias en América Latina a contar de la llamada Ley de propiedad literaria de 24 de julio de 1834¹⁸ que surge a raíz del mandato constitucional expresamente establecido en la carta fundamental de 1833.



Con posterioridad, dentro de nuestra legislación en materia de derechos de autor y derechos conexos se siguen observando distintos tipos de normas referidas a la regulación de estas materias:

a) Constitucionales

El artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República de 1980¹⁹, 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 autor²⁰ y de la Propiedad Industrial.²¹

¹⁸ Publicada en el Diario El Araucano de 24 de julio de 1834. Página 3. No es la primera a nivel iberoamericano como pudiera pensarse pues España ya contaba con legislación con anterioridad a dicha fecha y si se considera el resto del continente americano, superando las barreras naturales del idioma, sólo EEUU se había adelantado a nuestro legislador, ya que, en 1790 se había dictado la Federal Copyright Act de ese país.

¹⁹ 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:.....

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 distinto tratamiento considerado por el constituyente se debe a que "la protección del derecho de autor tiene características distintas de la 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."²²

b) Tratados Internacionales:

Chile es parte de los siguientes Tratados Internacionales que se refieren específicamente a derechos de autor y derechos conexos:

- **Declaración Universal de Derechos Humanos**²³
- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**²⁴
- **Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, científicas y artísticas**, la que 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), éste ordena cumplir como ley de la República esta Convención,
- **Convención Universal sobre Derecho de Autor** contenida 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,
- **Convención de Roma** 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) que aprueba la Convención Internacional sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión,
- **Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual** 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,

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."

²⁰ Ver incisos primero y segundo.

²¹ Ver inciso tercero.

²² 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.

²³ Ver art. 27.

²⁴ Ver art. XIII.

- **Convenio de Berna** contenido en el Decreto Supremo Nº 266 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial Nº 29.170 de 5 de Junio de 1975) que promulga el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas,
- **Convenio Fonogramas** contenido en el Decreto Supremo Nº 56 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial Nº 29.704 de 9 de Marzo de 1977) que promulga el Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas suscrito en Ginebra el 29 de octubre de 1971
- **Convenio entre Chile y Argentina para evitar la doble tributación** contenido en el Decreto Supremo Nº 32 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial Nº 32.416 del 7 de Marzo de 1986) que promulga el Convenio entre ambos países para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta, ganancia o beneficio y sobre el capital y el patrimonio.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**²⁵ contenido en Decreto Supremo Nº 326 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial Nº 33.382 de 27 de mayo de 1989)
- **Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales y su reglamento** contenido en el Decreto Supremo Nº 1.539 del Ministerio de Relaciones Exteriores (Publicado en el Diario Oficial Nº 34.821 del 22 de marzo de 1994)
- **Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los Acuerdos Anexos que se indican**²⁶ Este contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 16 de 1995 (Publicado en el Diario Oficial Nº 35.169 del 17 de mayo de 1995).
- **Acuerdo de complementación económica Chile - MERCOSUR y sus anexos; el protocolo sobre integración física; el protocolo de adhesión a la "Declaración sobre compromiso democrático en el MERCOSUR" y el protocolo por el cual se sustituyen los números 49 a 58 por los números 48 a 57 del Acuerdo de Complementación Económica Chile – MERCOSUR (ACE Nº 35)**²⁷. Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 1.411 (Publicado en el Diario Oficial del 4 de octubre de 1996).
- **Acuerdo Marco de Cooperación destinado a preparar, como objetivo final, una asociación de carácter político y económico entre la Comunidad Europea y sus estados miembros, por una parte, y la República de Chile, por otra parte.**²⁸ Contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 213 de 1999 (Publicado en el Diario Oficial del 24 de abril de 1999).
- **Tratado de Libre Comercio con México** contenido en el Decreto Supremo del Ministerio de Relaciones Exteriores Nº 1.101 de 1999 (Publicado en el Diario Oficial Nº 36.427 del 31 de julio de 1999).²⁹

²⁵ Ver art. 15.

²⁶ 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.).

²⁷ En particular, en su Título XVII, referido a Propiedad Intelectual, el artículo 43 establece que "Las partes signatarias se registrarán por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, incluido en el Anexo 1 C) del Acuerdo por el que se establece la OMC.

²⁸ En particular, ver Título III, referido al Ámbito Comercial, el artículo 10, relativo a la Cooperación en materia de Propiedad Intelectual.

²⁹ Ver Quinta Parte. Artículo 15-01 y ss.

- **Convenio con México para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal** 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).
- **Convenio con Canadá para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal** 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).
- **Acuerdo de asociación entre la República de Chile, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros.** 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).
- **Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor** 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).
- **Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas** 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)
- **Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América** (Publicado en el Diario Oficial de 1 de enero de 2004)
- **Tratado de Libre Comercio con Corea** 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)

c) 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.

d) 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).

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 post mortem auctoris, respecto de sus herederos, legatarios y cesionarios

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

Cuadro N° 3. Modificaciones de la década de 1990.

Década 1990	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley N° 18.957 5/03/1990</p> <p style="text-align: center;">“Ley Software”</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Incorpora en forma detallada a los Programas Computacionales³⁰ 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
<p>Ley N° 19.072 19/08/1991</p> <p style="text-align: center;">“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 de Pablo Neruda en beneficio de la Fundación Neruda por 50 años a contar de la muerte del poeta.
<p>Ley N° 19.166 17/09/1992</p> <p style="text-align: center;">“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 utilidades se agregan al D° de Reproducción)

³⁰ Sin perjuicio de que a partir de esta modificación de la Ley de Propiedad Intelectual se hace un tratamiento más detallado de estas creaciones del intelecto humano, con anterioridad a la misma ya los mencionaba en su artículo 76 n° 1 de la ley al tratar el monto de los derechos que debían pagarse para su inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual refiriéndose a ellos como “los programas y soportes lógicos de ordenador....”

Durante los comienzos de la naciente década que nos toca vivir, sus primeros cuatro años han generado 3 modificaciones de la Ley nº 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, todas las cuales pueden verificarse en los cuadros siguientes:

Cuadro Nº4. Cuadro general de modificaciones de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	
Ley Nº 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 Nº 19.914 19/11/ 2003	Adecua la legislación que indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América
Ley Nº 19.928 31/01/2004	Sobre Fomento de la Música Chilena

Cuadro Nº 5. Cuadro 1ª modificación de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley Nº 19.912 4/11/2003</p> <p style="text-align: center;">“Ley miscelánea ADPIC”</p>	<ul style="list-style-type: none"> ✚ Establece Medidas en Frontera para la observancia de los derechos de Propiedad Intelectual: <ul style="list-style-type: none"> ✚ Suspensión de despacho de mercancía infractora de derechos de autor o conexos³¹ a petición de parte o de oficio por autoridad aduanera ✚ Exige acreditación de calidad de titular al solicitante al momento de requerir la medida³² ✚ Mercancías declaradas infractoras no pueden ser reexportadas ni sometidas a otra destinación aduanera ✚ Determinación base imponible derechos ad valorem mercancías importadas³³ ✚ Modificó, dentro de la enumeración no taxativa de obras protegidas, el texto que ya se refería a los programas computacionales, estableciendo ahora 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 uso³⁴. ✚ Agrega a la enumeración no taxativa de 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. ³⁵ Indica 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 ✚ Agrega a la enumeración no taxativa de obras bajo protección a los dibujos o modelos textiles ✚ Sustituyó el concepto de Distribución³⁶ ✚ Incorpora 3 nuevos conceptos: Reproducción³⁷, Comunicación pública³⁸ y Transformación³⁹ ✚ Modifica presunción legal de autoría⁴⁰ ✚ Incorpora nuevo artículo que considera regla de los 3 pasos del Convenio de Berna en materia de excepciones⁴¹ ✚ Modifica regulación de los derechos exclusivos de los artistas respecto de sus interpretaciones o ejecuciones⁴²

³¹ De acuerdo con el artículo 6 de la ley nº 19.912 esta medida 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.

³² El artículo 8 de la Ley N° 19.912 señala que se deberá acreditar por el solicitante su calidad de tal en relación al 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 el solicitante 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, estimamos 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 comentamos. Sin perjuicio de ello, nos parece que el legislador ha discriminado positivamente a favor de los titulares de derechos de autor y derechos conexos al establecer en el artículo 8 inciso segundo que tratándose de tales derechos "el juez competente estará facultado para exigir a los solicitantes las pruebas que razonablemente acrediten su calidad de tales".

³³ Se establece por el artículo 19 de la Ley 19.912 que la determinación del valor aduanero 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

³⁴ Ley N° 19.912 Art. 20 N° 1 modifica el n° 16 del artículo 3. El legislador no reparó 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.

³⁵ Llama la atención esta incorporación que hizo la Ley N° 19.912 a través de su art. 20 N° 2 de un nuevo numeral 17 dentro del texto del artículo 3 de la Ley, pues, al hacerlo no contempló la modificación de otro de sus numerales que ya se refiere a este tipo de obras (n° 1 parte final) que las menciona como "compilaciones de toda clase", por lo que parece que hubiera sido más acertado que si lo que se intentaba agregar eran las bases de datos computacionales como obras protegidas se hubiera hecho directamente mencionándolas con esa denominación.

³⁶ Por la ley n° 18.443 se había agregado una nueva letra q) al artículo 5 del la ley 17.336 para incorporar el concepto de 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."

³⁷ 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;"

³⁸ "v) Comunicación pública: 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."

³⁹ w) 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.

⁴⁰ Da 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" 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 n° 3) también pudiera existir el riesgo que con la nueva estructura normativa resulten afectados estos últimos al existir tales exigencias.

⁴¹ Artículo 45 bis.

⁴² Esto significa que se modificó 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.

Cuadro Nº 6. Cuadro 2ª modificación de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley Nº 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.⁴³ ✚ Modifica definiciones referidas a artistas⁴⁴, productores de fonogramas⁴⁵, publicación⁴⁶ y distribución⁴⁷ ✚ Agrega definiciones de Radiodifusión⁴⁸ y Fijación⁴⁹ ✚ Modifica plazos de protección temporal de obras, prestaciones artísticas y fonogramas (sube de 50 a 70 años)⁵⁰ ✚ Incorpora agotamiento nacional e internacional respecto del derecho de distribución del autor⁵¹, los artistas⁵² y los productores de fonogramas⁵³. ✚ Deroga la formalidad para proteger las obras fotográficas⁵⁴ ✚ Derecho exclusivo de arrendamiento de los programas computacionales.⁵⁵ ✚ Incorpora el Derecho exclusivo de puesta a disposición para productores de fonogramas respecto de sus fonogramas y para los artistas respecto de sus ejecuciones o interpretaciones fijadas⁵⁶ ✚ Incorpora concepto de Información Sobre Gestión de Derechos y establece sanciones civiles y penales para proteger esta información.⁵⁷

⁴³ La Ley nº 19.914 Incorpora una mención específica en tal sentido al artículo 2 de la Ley nº 17.336 señalando que los titulares extranjeros de derechos de autor y conexos no domiciliados en Chile gozarán de protección que les sea reconocida por convenciones internacionales suscritas y ratificadas por Chile.

⁴⁴ “j) Artista, intérprete o ejecutante: 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;”

⁴⁵ “k) productor 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;”.

⁴⁶ “o) 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;”.

⁴⁷ “q) 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.”

⁴⁸ “m) bis 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

Cuadro Nº 7. Cuadro 3ª modificación de la década de 2000.

Década 2000	
Identificación de la norma	Materias incluidas
<p>Ley Nº 19.928 31/01/2004</p> <p>“Ley de la música”</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.

A su vez, el Reglamento de la Ley Nº 17.336 ha sido modificado por:

- Decreto Supremo Nº 287 de 15 de Marzo de 1973 y
- tácitamente por la Ley Nº 19.166 de 17 de Septiembre de 1992.

recepción por el público; dicha transmisión por satélite también es una "radiodifusión"; la transmisión de señales codificadas será "radiodifusión" cuando los medios de descodificación sean ofrecidos al público por el organismo de radiodifusión o con su consentimiento;"

⁴⁹ "x) fijación significa la incorporación de sonidos, o la representación de éstos, a partir de la cual puedan percibirse, reproducirse o comunicarse mediante un dispositivo."

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

⁵¹ Ver artículo 18 inciso final.

⁵² Ver artículo 66 n° 4).

⁵³ La Ley 19.914 incorpora expresamente al Derecho de Distribución dentro del texto del artículo 68 agregándose éste a los 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."

⁵⁴ Esto se refería a una serie de indicaciones que debían llevar los ejemplares de la fotografía para gozar de la protección de la ley, constituyendo una condición para su protección. 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"

⁵⁵ Artículo 37 bis contempla este derecho y el artículo 45 inciso segundo una excepción al mismo que resulta bastante confusa, al menos por la ubicación elegida para colocar su texto.

⁵⁶ Nuevo artículo 67 bis. Respecto a éste se leía en el texto del Mensaje del proyecto enviado por el 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.

⁵⁷ Ver artículos 81 bis (responsabilidad civil), 81 ter (responsabilidad penal) y 81 quater (definición)

e) Otras Leyes relevantes en estas materias:

- **Ley Nº 19.227** que crea el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura (Publicada en el Diario Oficial Nº 34.611 de 10 de julio de 1993).
- **Ley nº 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).

III.- La realidad práctica a nivel nacional.

Actualmente, el éxito o supervivencia de los modelos de negocios que respeten los derechos de autores, artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, se encuentran severamente condicionados por el crecimiento que ha alcanzado la actividad ilícita dedicada a la reproducción y distribución de ejemplares que contienen obras, prestaciones artísticas, fonogramas o emisiones protegidas, todos los cuales se transan, sin haber obtenido ninguna autorización previa de los titulares de derechos, abasteciéndose así con estos productos un creciente mercado ilegal. Este negativo proceso evolutivo sirve de escenario para el saludable desarrollo de actividades delictivas que se vinculan y aprovechan las estructuras del crimen organizado y sus modalidades de operación, afectándose el desarrollo cultural de nuestro país y los flujos de comercio formal en el mundo físico, todo lo cual, se replica en el mundo virtual.

La expresión de estas actividades en el mundo físico 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.

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 sellers⁵⁸ 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.⁵⁹

⁵⁸ En este tipo de actividad ilícita es bastante común verificar que quienes la ejercen intentan simular las características propias de un ejemplar original, ya sea imitando sus envoltorios, diseños, colorido, etc. Respecto del daño estimado que genera este tipo de actividad, conocida comúnmente como piratería para un país pequeño como Chile, se lee en la Memoria Cultura 2003 del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes, que éste se traduce en pérdidas 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 millones para la Informática, seguida por la editorial con US\$ 25 millones, luego la de música grabada (fonográfica) con US\$ 20 millones y finalmente se encuentra la venta de videos ilegales con US\$ 7 millones. Ver Página 12, Memoria Cultura 2003 del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes. Febrero 2004.

⁵⁹ 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 audición/visualización instantánea de contenidos por flujos de información que no requieren su descarga para acceder a los mismos (sólo bastará con reconocer dónde se encuentra el contenido que se busca y hacer un clic con el Mouse en el hipervínculo respectivo), la entrega directamente a los visitantes de archivos para su descarga en diversos formatos de texto, audio, video o imágenes fijas para aprovechar las ventajas de la telefonía celular, transmisiones de lo ilícitamente descargado entre terceros (dentro de comunidades de usuarios o sólo dentro de un esquema de punto a punto específico del tipo P2P o "Peer to Peer".

Las cifras obtenidas desde fuentes públicas, reflejan un fuerte aumento de la piratería existente en el país: el crecimiento anual de los detenidos por delitos cometidos contra la ley de propiedad intelectual, según cifras aportadas por Carabineros de Chile, ha aumentado en el período 2000-2003 en un 832%:

Delitos contra la Propiedad Intelectual	APREHENSIONES AÑO 2000	APREHENSIONES AÑO 2001	APREHENSIONES AÑO 2002	APREHENSIONES AÑO 2003
I ZONA DE TARAPACA	4	50	182	208
II ZONA DE ANTOFAGASTA	23	63	125	212
III ZONA ATACAMA	1	10	30	12
IV ZONA COQUIMBO	59	39	92	137
V ZONA VALPARAISO	41	207	246	333
VI ZONA L. IBDO. O'HIGGINS	3	58	113	130
VII ZONA MAULE	6	30	92	191
VIII ZONA BÍO BÍO	7	216	519	566
IX ZONA ARAUCANIA	9	12	64	40
X ZONA LOS LAGOS	2	57	112	39
XI ZONA AYSÉN GRAL. IBÁÑEZ	1	1	0	0
XII ZONA MAGALLANES Y ANTÁRTICA	0	3	4	0
JEF. ZONA METROPOLITANA	337	1459	2084	2728
TOTAL ZONAS	493	2205	3663	4596

Fuente: Carabineros de Chile

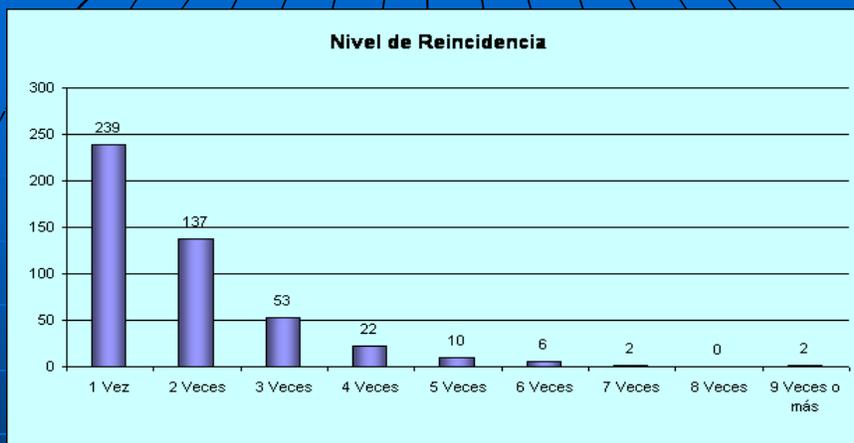
En el mismo período, según informa la Corte Suprema de Justicia, el ingreso de causas a los Tribunales de Justicia por estos delitos presenta un crecimiento de un 207%:

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								
EXISTE REINCIDENCIA 2002	SI	3037	SI	163	NO	29	SI	27	SI	2117	NO	2336	TOTAL		
REINCIDENCIA 2003	71	3267	26	140	174	23	0	33	75	4	23	9	2767	0	2971

Fuente: Ministerio Público 2004.

Fuente: Corte Suprema – Corporación Administrativa del Poder Judicial 2004

Y este inquietante escenario lo completan las cifras que entrega el Ministerio Público que, sólo considerando las regiones en que ya opera la reforma procesal penal, reflejan que la aplicación del nuevo sistema no ha logrado superar aun la existencia de casos en que el mismo delincuente puede llegar a reincidir 9 o más veces en el mismo delito, a pesar de haber sido previamente condenado por los tribunales:



Región	I	II	III	IV	*V	*VI	VII	*VIII	IX	*X	XI	XII

Fuente: Ministerio P

En función de las cifras consideradas, constituye una realidad que la Ley n° 17.336 sobre Propiedad Intelectual no contiene herramientas adecuadas para la prevención de los delitos contra los derechos de autor y los derechos conexos, no contempla instrumentos de investigación efectivos ni considera sanciones realmente disuasivas, que eviten la reiteración y reincidencia en las conductas ilícitas, menos aun puede estimarse que se encuentre preparada para enfrentar las conductas de usos inadecuados asociados con las nuevas tecnologías.

Todas esas debilidades de la ley, ameritaban un esfuerzo de modificación más ágil y eficiente que las propuestas que han surgido sobre la materia, desde la última vez que se efectuaron las modificaciones más significativas en relación a los tipos penales en el año 1985 (Ley N° 18.443), atendido el tiempo transcurrido, el crecimiento en el nivel de comisión de los delitos y el cambio de escenario asociado al avance de las TIC's.

Si bien puede argumentarse que se han hecho algunos intentos por actualizar las normas de la ley de propiedad intelectual, existiendo como muestra reciente de ello algunas de las modificaciones ocurridas durante el año 2003, que han tratado de adecuarla a los requerimientos mínimos señalados en el Acuerdo sobre los ADPIC y el TLC con los EEUU, ello, aun no permite 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 medidas de observancia que permitan prevenir y disuadir⁶⁰ de la comisión de las conductas ilícitas que afectan constantemente los derechos intelectuales de los respectivos titulares.

En definitiva, es una opinión común que queda mucho por hacer, particularmente para aprovechar efectivamente las oportunidades que nos ofrecen los avances tecnológicos y las alianzas comerciales recientemente ratificadas por nuestro país.

A poco andar del año 2004, el Poder Ejecutivo ha presentado un proyecto de ley⁶¹ ante el Congreso Nacional, que aun se encuentra bastante lejos de ofrecer las herramientas necesarias para poder superar los problemas diagnosticados porque:

⁶⁰ 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>

⁶¹ 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/>

Proyecto de reforma en materia de piratería

•Desvía el conocimiento de algunos delitos actualmente sancionados desde tribunales del crimen hacia tribunales de menor jerarquía convirtiéndolos en infracciones menores (faltas).

•Propone penas de aplicación alternativa (presidio o multa) en reemplazo de las actualmente existentes que son copulativas (presidio y multa). Propuestas de sanción no resultan ser disuasivas ni menos preventivas

•Aumentan las exigencias para poder llegar a sancionar a los delincuentes (ánimo de lucro, intención de perjudicar, superar determinados montos de perjuicios)

•Aumentan las exigencias a las víctimas de estos delitos para llegar a ejercer la defensa de sus derechos (acciones civiles)

•Destino de las especies ilícitas que debieran destruirse podría llegar a tener otros destinos, lo que resulta 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.

Confiamos, que la discusión parlamentaria de esta iniciativa del Ejecutivo, permitirá introducir las indicaciones para mejorar las debilidades del proyecto, para que al final del camino logremos obtener 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.

IV.- Conclusiones.

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 contar con una legislación suficientemente adecuada, los integrantes de los sectores público y privado, debemos redoblar nuestros esfuerzos para generar propuestas de modificación que sean acordes con las exigencias de efectiva protección de los derechos de autor y los derechos conexos que demandan la comunidad nacional e internacional.

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.

A la hora de definir las políticas públicas y privadas, resulta fundamental no sólo contar con una infraestructura física que mejore el acceso y la conectividad, sino que también, es necesario innovar en educación y capacitación, en especial, ahondar en la importancia de la protección de los derechos de autores, artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión. Debe fomentarse un férreo respeto y una conciencia social duradera sobre los mismos en la comunidad, porque los derechos de autor y los derechos conexos actúan como un factor estratégico de desarrollo, que sirve no sólo para atraer flujos de inversión sino que además benefician a todos los integrantes de nuestros pueblos, pues, permiten fomentar y difundir nuestras capacidades creativas, rescatar nuestras tradiciones e impulsar nuevos modelos para poder darlas a conocer al resto del mundo.

Estimamos que adoptando la carta de navegación mencionada, Chile y sus ciudadanos podrán asumir un rol destacado en la protección de sus creadores e industrias culturales, pudiendo participar activamente en la generación y el goce de los beneficios asociados a los modelos de negocios tradicionales y a aquellos nuevos que se irán produciendo, los cuales, serán gestionados y protegidos en base a las múltiples posibilidades ofrecidas por las tecnologías de la Información y las telecomunicaciones.