

INFORME DE LAS COMISIONES UNIDAS DE ECONOMÍA, FOMENTO Y DESARROLLO Y DE CULTURA Y DE LAS ARTES RECAÍDO EN EL PROYECTO QUE MODIFICA LA LEY N° 17.336, SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL.

BOLETÍN N° 5012-03-1¹

HONORABLE CÁMARA:

Las Comisiones Unidas de Economía, Fomento y Desarrollo y de la Cultura y de Las Artes pasan a informar el proyecto de ley, de origen en un Mensaje de S.E. la Presidenta de la República, en primer trámite constitucional y reglamentario, con urgencia calificada de suma.²

I.- CONSTANCIAS PREVIAS.

1.- IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL DEL PROYECTO.

Modificar la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual, con el objeto de actualizar la regulación vigente en materias de derechos de autor y conexos, en especial:

i.- Establecer medidas efectivas que garanticen un adecuado nivel de protección, mediante acciones civiles y penales, para la observancia de los derechos de autor y derechos conexos, ante las frecuentes infracciones calificadas comúnmente como piratería;

ii.- Fijar un adecuado marco de excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos que garanticen el acceso a bienes culturales y el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la ciudadanía, tal como está reconocido en la mayor parte de las legislaciones internacionales y conforme a las flexibilidades permitidas en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio de la Organización Mundial del Comercio, reafirmadas por Chile en los distintos Acuerdos de Libre Comercio, y

iii.- Regular la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, tratándose de las infracciones a los derechos de autor y conexos que se cometan por usuarios de estos servicios a través de sus redes, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos por Chile, en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos.

2.- NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.

Tienen rango de norma orgánica constitucional, **de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Constitución Política de la República de Chile**, el inciso penúltimo del artículo 71 Ñ, que introduce en la ley el número 7, el inciso primero del artículo 85 Q, que incorpora en la ley el número 10, y los incisos primero, segundo, tercero y undécimo del nuevo artículo 100 bis, que agrega en la ley el número 12, todos del artículo 1° del proyecto.

¹ La tramitación completa de este mensaje se encuentra disponible en la página web de la Cámara de Diputados: <http://sil.congreso.cl/pags/index.html>

² En sesión 21 de 03 de mayo de 2007, mediante oficio N° 6779, la Cámara de Diputados acordó que este mensaje fuera remitido a Comisiones Unidas de Economía, Fomento y Desarrollo y de la Cultura y de las Artes.

3.- TRÁMITE DE HACIENDA.

No requiere de dicho trámite

4.- EL PROYECTO FUE APROBADO, EN GENERAL, POR UNANIMIDAD.

Votaron a favor los Diputados señores **ARENAS, DÍAZ, DON MARCELO, DÍAZ, DON EDUARDO, ESCOBAR, GODOY, JIMÉNEZ, OLIVARES, TUMA Y VALLESPÍN**. (APROBADO 9 X 0).

5.- SE DESIGNÓ DIPUTADO INFORMANTE AL SEÑOR ÁLVARO ESCOBAR RUFATT.

Se hace presente que se ofició a la Excma. Corte Suprema requiriendo un pronunciamiento respecto de la norma de carácter orgánico constitucional, al tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 77 de la Constitución Política de la República de Chile y 16 de la ley N°18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional.

La Comisión contó con la asistencia y colaboración de doña **PAULINA URRUTIA**, Ministra del Consejo Nacional de Cultura y las Artes, don **DANIEL ÁLVAREZ**, Asesor Legislativo y doña **MARCELA PAIVA**, asesora, todos de ese Consejo; doña **YASNA PROVOSTE**, Ministra de Educación, don **RODRIGO GONZÁLEZ**, Jefe de la División Jurídica y don **LUIS VILLAROEL**, abogado, todos de ese Ministerio; don **ALEJANDRO FERREIRO**, Ministro de Economía, Fomento y Reconstrucción, don **JOSÉ TOMAS MOREL**, doña **BERNARDITA ESCOBAR** y don **CARLOS RUBIO**, asesores de ese Ministerio; doña **CAROLINA BELMAR**, Jefa del Departamento de Propiedad Intelectual, doña **CAROLINA SEPÚLVEDA** y don **ANDRÉS GUGGIANA**, de la Dirección de Relaciones Económicas Internacionales, todos del Ministerio de Relaciones Exteriores; doña **GABRIELA ORTÚZAR**, Directora de la Comisión de Bibliotecas del Consejo de Rectores de Universidades Chilenas; don **RODRIGO BULNES**, en representación de la Comisión Nacional Antipiratería y de Business Software Alliance; don **PAULO SLACHEVSKY**, Director General de Editores de Chile, y don **EDUARDO CASTRO**, Presidente de la misma entidad; doña **CLAUDIA CUEVAS**, Presidenta del Colegio de Bibliotecarios de Chile A.G y doña **PAOLA RONCATTI**; vicepresidenta; don **EDUARDO CASTILLO**, Presidente de la Cámara Chilena del Libro, don **RICARDO BERNASCONI**, Director Secretario y don **ALEJANDRO URBINA**, encargado de Relaciones Públicas; don **JORGE OPAZO**, Presidente de la Biblioteca Central para Ciegos, doña **HEIDI VAN DWYNARD**, Directora y doña **IRMA PARODI**, Gerente; don **LUIS PARDO**, Presidente de la Asociación de Radiodifusores de Chile; don **FERNANDO UBIERGO**, Presidente de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, don **SANTIAGO SCHUSTER**; Director General, doña **CECILIA ECHENIQUE**, Vicepresidenta, doña **DENISSE MALEBRÁN**, Secretaria General, don **FRANCISCO HERRERA**, don **HORACIO SAAVEDRA** y don **ENRIQUE NEIRA**, miembros de la Directiva; don **ALBERTO CERDA**, Director de la ONG Derechos Digitales; doña **CAROLINA ARANCIBIA** y **FRANCISCA**

GOSTLING, en representación de la Cámara Nacional de Comercio Servicios y Turismo de Chile; don **FRANCISCO NIETO**, Director General de la Asociación de Productores Fonográficos de Chile A.G., don **FERNANDO SILVA** y doña **KARINA RUIZ**, abogados de esa entidad; don **ANTONIO MARINOVIC**, en representación de la Asociación de Distribuidores de Videogramas A.G y de la Cámara de Distribuidores Cinematográficos A.G (CADIC), y don **ALEJANDRO CALOQUEREA**, Gerente de la Cámara de Exhibidores de Cine.

II.- ANTECEDENTES.

³Las normas nacionales reguladoras de la propiedad intelectual encuentran su máxima expresión jerárquica en la Constitución Política de la República, de 1980.

Esta garantía constitucional, sin ser expresa, reconoce al autor sus derechos morales y patrimoniales sobre su obra y por un tiempo determinado, según la ley, mas nunca inferior a la vida del titular de la obra.

Por otra parte, reconoce que es un derecho, respecto del cual no pueden hacerse diferencias arbitrarias, debe existir igual protección de la ley en su ejercicio, puede ser objeto de defensa judicial, etc. Asimismo, estableció que sería un derecho sujeto a 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, cuando lo exija el interés general de la nación, la seguridad nacional, la estabilidad y la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental, previo pago de una indemnización y en la forma establecida por la Constitución.

En el plano de las normas de rango legal, los dos cuerpos normativos principales son el Código Civil y la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual. El primero, en los artículos 583 y 584 reconoce la existencia de una especie de derecho de propiedad, del autor, sobre las cosas incorporales, entre ellas las producciones del talento o del ingenio y ordena que serán leyes especiales las que dispondrán sobre este derecho, en detalle. Precisamente, la ley mencionada, es el cuerpo orgánico y estructurado que regula este tipo de dominio.

Cabe mencionar que, además existen diversos Convenios Internacionales sobre la materia suscritos por Chile, y que también son normas vinculantes en materia de Propiedad Intelectual. Algunos son anteriores a la publicación de la ley N° 17.336 (agosto de 1970) y constituyeron un marco para su contenido.

Los posteriores han implicado modificaciones a ese cuerpo legal. Así, tenemos por ejemplo, los siguientes:

- Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas (decreto N° 74 de 1955, del Ministerio de Relaciones Exteriores).
- Convención Universal sobre Derecho de Autor (decreto N° 75 de 1955, del Ministerio de Relaciones Exteriores).

³ Tomado de la minuta proporcionada por la Unidad de Apoyo legislativo de la Biblioteca del Congreso Nacional. Para mayor información, véase trabajo preparado por la Biblioteca del Congreso Nacional en ANEXO.

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.
- Convenio sobre la Protección de Productores de Fonograma (decreto Nº 56 de 1977, Ministerio de Relaciones Exteriores).
- Tratado de la OMPI sobre derecho de autor (decreto Nº 270 de 2003, Ministerio de Relaciones Exteriores).

La propiedad intelectual, goza de iguales características que la propiedad ordinaria, a saber: es absoluta, es decir oponible a cualquiera; puede ser exclusiva de un sólo titular quien puede usar, gozar y disponer de ella y puede reducir o aumentar su contenido, permitiendo la concurrencia de otros derechos sobre ella. Por su parte, las peculiaridades que la distinguen, son fundamentalmente dos: la temporalidad del derecho para el autor y su descendencia, que se traduce en el hecho que una vez fallecido el titular, sus herederos gozan del dominio sobre la obra, por regla general, hasta 70 años después de la fecha del deceso; y que es abstracta, esto es que nace por el sólo hecho de la creación de la obra, independiente de que el autor ejerza o no las facultades que le otorga.

Este tipo de propiedad ampara a los autores chilenos y extranjeros domiciliados en Chile. De estos últimos los que tengan domicilio en el extranjero, serán protegidos en conformidad a los Convenios Internacionales.

Son considerados titulares de derecho de autor, el titular original de la obra, el titular secundario y el titular derivado.

Titular original, es el creador de la obra, el secundario es quien la adquiere del primero, a cualquier título, y el derivado, es la persona que hace la adaptación, traducción o transformación, de la obra originaria protegida con autorización del titular original.

Se señala que además de los autores indicados precedentemente, existen otros que se denominan “sujetos por efecto de la ley”, a los que se les reconoce derechos autorales por el ministerio de la ley, aún cuando no son titulares originales ni secundarios.

Estos sujetos son definidos de la siguiente manera: *“aquellas personas que, en un momento y situación dadas, pueden ejercer en nombre propio y por disposición de la ley, los derechos que corresponden al titular originario de los mismos.”*

Algunos casos de titularidad sobre la obra de los sujetos por efecto de la ley, son por ejemplo, la del Estado, en los casos que ha adquirido los derechos por un contrato o acto jurídico o por transmisión del autor; cuando es productor de textos u obras oficiales, ya sea éste el resultado de su actividad legislativa, administrativa o judicial o cuando la obra pertenece al patrimonio cultural común.

Asimismo, tenemos las titularidades originadas en la presunción legal de apariencia del artículo 8, inciso 1º de la ley Nº 17.336. Ellos se encuentran amparados por la presunción legal y mientras no se acredite lo contrario deben ser considerados como sujetos de amparo de estos derechos.

Otro caso es el del productor de la obra cinematográfica a quien, de acuerdo al artículo 25 de la ley en comento, le corresponde ser considerado el titular de los derechos de autor. Ello ocurre porque se parte del supuesto que ha existido, previamente, un

acuerdo entre el productor y los coautores de la obra, en virtud del cual le han cedido sus derechos sobre ésta última.

Finalmente, existen los casos especiales de autoría, ellos son los siguientes:

Programas computacionales: La ley N° 17.336 prescribe dos disposiciones al respecto:

Serán titulares del derecho de autor (patrimonial) las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes (contrato de trabajo), en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario.

En el caso de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero (prestación de servicios) para ser comercializados por su cuenta y riesgo, se reputarán cedidos a éste los derechos de su autor (patrimonial), salvo estipulación escrita en contrario.

a) Antologías, crestomatías y otras creaciones análogas, esto es las recopilaciones de distintas obras, representativas de un determinado género, época, autor, etc. La letra a) del artículo 24 de la ley N° 17.336, dispone que el derecho de autoría (moral y patrimonial) corresponde al organizador de la obra, quien está obligado a obtener el consentimiento de los titulares del derecho de las obras utilizadas, y a pagar una remuneración que por ellos se convenga, salvo que la autorización sea a título gratuito.

b) Enciclopedias, diccionarios y otras compilaciones análogas, esto es obras que se ocupan principalmente de establecer el significado de las palabras, su traducción a otro idioma, sinónimos, antónimos, etc. La letra b) del artículo 24, dispone que si estas obras son hechas por encargo de un organizador (editorial, por ejemplo) este será el titular de los derechos (moral y patrimonial), tanto sobre la compilación como sobre los aportes individuales, y

c) Artículos, dibujos, fotografías y demás producciones aportadas por el personal sujeto a contrato de trabajo en un diario, revista o periódico: De acuerdo, a la letra c) del artículo 24, las reglas serían las siguientes:

Regla general: El derecho a publicar en el medio, lo adquiere la empresa periodística respectiva, sin perjuicio que los autores conserven los demás derechos que el orden jurídico les reconoce.

Excepción: Cuando la publicación la quiera hacer una empresa periodística distinta de la que es empleadora, deberá pagar al autor o autores un honorario establecido por el Arancel del Colegio de Periodistas de Chile.

De manera resumida se puede señalar que son varias las categorías de bienes incorpóreos propios de las producciones del talento, objeto de la propiedad intelectual. A saber, la clasificación es la siguiente:

Atendiendo a los diversos grados de intervención en su elaboración: obra individual, colectiva y en colaboración.

Atendiendo al momento de su publicación, si la hay: obra publicada en vida del autor, obra póstuma y obra inédita.

Atendiendo al nivel de actividad creativa del autor: Obras originarias y derivadas.

Atendiendo a su naturaleza: obras literarias, obras artísticas, obras científicas, programas computacionales y bases de datos.

Atendiendo a la calidad del autor: obras de autor bajo nombre propio, obra seudónima y obra anónima.

LEGISLACIÓN COMPARADA.

a) Canadá

La legislación de Canadá regula el Derecho de Autor o Copyright, en la Copyright Act de 1985. Entre las diversas normas administrativas que complementan al corpus, las más atinentes a este trabajo son: Copyright regulations (SOR/97-457) y Exception for educational institutions, libraries, archives and museums regulations (SOR/99-325). Cabe tener en cuenta que las normas de la Convención de Berna y los Tratados Internacionales de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, son vigentes en el país.

Las limitaciones o excepciones al derecho de autor en la Copyright Act, se encuentran establecidas como *"excepciones a las infracciones de la ley"*. Es decir, como causal de justificación de la acción, aparentemente, ilícita o al menos infraccional.

Algunos casos de excepción son por ejemplo: "Fair dealing"; "Actos realizados sin fin de ganancia"; "Instituciones Educativas" y "Bibliotecas, Archivos y Museos".

b) Australia

La legislación de Australia sobre Derecho de autor, es la Copyright Act de 1968 y sus modificaciones. Esta es una norma legal de competencia federal. Asimismo, este país ha suscrito las Convenciones y Tratados más importantes, en esta materia, como es Berna o los de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual.

De acuerdo al Consejo Australiano de Copyright (Australian Copyright Council), la legislación nacional debe ser entendida a la luz de las interpretaciones y aplicaciones que han hecho de ella la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia.

c) México

En México, la principal norma legal que regula el derecho de autor, es la ley Federal del Derecho de Autor de 1996. Esta norma desarrolla el principio contenido en los incisos 1° y 9° del artículo 28 de la constitución mexicana, referido al monopolio de los autores sobre sus obras. Complementa, la norma legal, su Reglamento de 1998.

EL MENSAJE

En sus consideraciones, el Ejecutivo señala que la propiedad intelectual es reconocida a nivel internacional como una herramienta importante para estimular y proteger las creaciones artísticas y del intelecto humano. Dicho segmento partió a través del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).

Posteriormente, a través de la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión (1961), se extendieron algunos de los derechos reconocidos a los autores a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, comúnmente conocidos como derechos conexos. Chile es miembro de estos tratados internacionales desde los años 1975 y 1974, respectivamente.

Otros tratados internacionales han ratificado la importancia de la protección de estos derechos. Sin embargo, es a través del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (1994) de la Organización Mundial del Comercio, que se establecen de manera orgánica estándares mínimos de protección a la propiedad intelectual, adquiriendo estos derechos relevancia a nivel mundial debido a su vinculación con el comercio.

Por su parte, la Declaración de Derechos Humanos, en su artículo 27, reconoce como un derecho humano, el derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten; y a continuación, en su párrafo segundo, reconoce como un derecho humano el derecho a la protección de los intereses morales y materiales que correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que una persona sea autora.

Lo anterior significa que la regulación de estos derechos debe siempre realizarse desde una doble perspectiva. Por un lado, se deben otorgar las condiciones que estimulen la actividad creativa y generadora de conocimiento, garantizando el derecho de propiedad sobre las creaciones intelectuales resultantes de éstas; y, por otro lado, la necesidad de asegurar el acceso de la población a estas creaciones artísticas-culturales y productos del conocimiento.

En similar sentido, la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales de la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, recientemente ratificada por nuestro país y que se encuentra vigente desde marzo de 2007, junto con reconocer la doble dimensión económica y cultural de las actividades, bienes y servicios culturales, en tanto portadores de identidades, valores y significados, y por consiguiente no deben tratarse como si sólo tuviesen un valor comercial, reconoce la importancia de los derechos de propiedad intelectual para sostener a quienes participan en la creatividad cultural.

Chile, a través de los Acuerdos de Libre Comercio, ha incorporado estándares más precisos de propiedad intelectual acordes con los desafíos que nuestro nivel de desarrollo exige, dando cuenta al mismo tiempo de las nuevas formas de explotación que surgen como consecuencia natural de los avances tecnológicos. Entre otros tratados bilaterales que tratan estas materias, destacan los acuerdos suscritos con Estados Unidos, la Unión Europea y México.

Simultáneamente, tanto a nivel bilateral como en los foros multilaterales, Chile ha reafirmado la necesidad de que el sistema de propiedad intelectual sea balanceado, de forma de equilibrar los intereses de los distintos actores y sectores involucrados. De esta forma, se busca conjugar una adecuada protección de los derechos de autor y conexos con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas y del intelecto. Lo anterior se traduce en la incorporación en este proyecto de ley de un número determinado de limitaciones y excepciones dentro del marco legal de

protección a los derechos de autor y conexos, en beneficio de ciertos sectores de nuestra sociedad.

Añade que en nuestro ordenamiento jurídico los derechos de propiedad intelectual gozan del más amplio reconocimiento, constituyendo una de las garantías recogidas expresamente en la Constitución Política de la República.

Así, en su artículo 19 N° 25, se garantiza expresamente a todos los creadores el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas, al mismo tiempo que se garantiza el derecho a todas las personas a crear y difundir las artes.

Adicionalmente, la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual reconoce también derechos conexos al derecho de autor, otorgando a los artistas intérpretes o ejecutantes, a los productores de fonogramas y a los radiodifusores facultades respecto de sus interpretaciones, ejecuciones y producciones y el derecho a percibir una retribución por su uso público.

Sin embargo, los desarrollos tecnológicos de las últimas décadas imponen nuevos desafíos que obligan a adecuar la normativa existente a esta nueva realidad, pues sin desconocer los positivos efectos que las nuevas tecnologías han tenido en el mejoramiento de las comunicaciones y en la difusión del conocimiento, es incuestionable que éstas han originado también nuevas formas de infracción a los derechos actualmente reconocidos por nuestro ordenamiento y nuevas formas de piratería, estimulando el surgimiento de organizaciones criminales en torno a la producción y distribución ilícita de obras protegidas.

Lo anterior adquiere especial relevancia, toda vez que la piratería y las demás prácticas ilegales constituyen no sólo una violación del derecho de propiedad intelectual sino que, además, distorsionan el funcionamiento normal del mercado, generando un grave perjuicio patrimonial a la industria, cuyo principal activo son los derechos de autor y derechos conexos, y adicionalmente, al Estado por la evasión tributaria que significa.

Por ello, junto a la necesidad de adecuar nuestra normativa sobre derecho de autor y derechos conexos a los compromisos internacionales asumidos por Chile, se hace necesario modernizar las herramientas que permitan otorgar una mejor protección a los creadores y a la industria asociada a los productos que se derivan de la inteligencia y de la creación humana.

Este esfuerzo implica la dictación de cuerpos legales modernos, acordes con el desarrollo de la sociedad actual, que recojan los intereses de los distintos actores del sistema de propiedad intelectual y la necesidad de implementar las obligaciones asumidas por nuestro país en materia de propiedad intelectual, en los acuerdos de libre comercio.

Tal como se ha señalado, el presente proyecto introduce a la ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, los siguientes cuatro grupos de modificaciones que se refieren a continuación:

La primera, modifica la estructura de la Ley, suprimiendo los actuales Párrafo III y IV del Capítulo V del Título I e incorpora un Título III nuevo sobre Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos.

La segunda, sustituye el Capítulo II del Título III de ley, referido a las infracciones, delitos y sanciones, por un nuevo capítulo, el que sistematiza y aumenta las penas y sanciones por infracciones a los

derechos de propiedad intelectual y establece mecanismos especiales para su observancia.

La tercera, incorpora un nuevo Capítulo III al Título IV de la ley, que establece un régimen de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

La cuarta, introduce una serie de modificaciones a diversas disposiciones de la ley.

Excepciones y limitaciones al derecho de autor.

En primer lugar, entonces, el proyecto propone eliminar los actuales Párrafo III y IV del Capítulo V del Título I de la ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, intercalando un nuevo Título III, pasando éste a ser Título IV, sobre Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos.

En el nuevo Título se establece que las disposiciones sobre limitaciones y excepciones establecidas serán aplicables tanto respecto de los derechos de autor como de los derechos conexos, cuando sea procedente.

El contenido de este nuevo Título es el siguiente:

Derecho de cita.

En primer lugar, se amplía y precisa el ámbito de aplicación del derecho de cita ya reconocido en nuestra legislación, en el actual artículo 36, estableciéndose como criterio para su aplicación la finalidad del uso del fragmento de la obra. De esta manera, las citas de fragmentos de obras podrán utilizarse cuando se realicen con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación.

De igual forma, se establece un derecho de cita especial para imágenes fijas y obras plásticas, a objeto de posibilitar el ejercicio del derecho de cita reconocido universalmente sobre cualquier tipo de obra, adaptándose a las particularidades de aquellas obras que -por su naturaleza- no pueden ser objeto de fragmentación. Así, se permite la reproducción unitaria de obras plásticas o fotográficas cuando se realice con fines de crítica, reseña, ilustración, enseñanza e investigación y sin interés comercial.

En ambos casos, no se requerirá de autorización ni pago de remuneración al titular de los derechos, siempre y cuando la utilización sea realizada conforme a los fines indicados y se mencione la fuente, el título de la obra y el nombre de su autor.

Excepción para discapacitados.

Enseguida, haciéndose eco de un anhelo histórico de las organizaciones y agrupaciones de discapacitados, para facilitar el acceso a bienes culturales y subsanando una lamentable omisión de nuestra regulación, se establece una excepción en beneficio de discapacitados visuales, auditivos o de otra clase que, sin formatos especiales, no puedan acceder a una obra protegida.

En ejercicio de esta excepción, se permite la reproducción, adaptación, distribución y comunicación al público, sin interés comercial y siempre dentro del ámbito de personas que sufran la respectiva discapacidad, de obras protegidas. A efectos de evitar usos indebidos que afecten los derechos de los titulares, se establece que los ejemplares o copias

obtenidas en ejercicio de esta excepción no podrán ser cedidos ni distribuidos a terceros y deberán señalar claramente que han sido realizados en ejercicio de esta excepción y, por tanto, tienen una circulación restringida.

Ordenamiento y actualización de las excepciones existentes.

Por otra parte, el proyecto que se somete a discusión adicionalmente mejora la sistematización de sus normas, reordenando y agrupando las excepciones contenidas entre los actuales artículos 40 y 45 de la ley -que pasan a los artículos 71 E a 71 I del proyecto-conforme a su naturaleza y sentido. De este modo, sin alterar sustancialmente su contenido, se sustituyen algunas expresiones anacrónicas, brindándoles además neutralidad tecnológica. Dichas excepciones son:

Excepciones para bibliotecas y archivos.

Siguiendo un corriente universal, que reconoce el valor de las bibliotecas y archivos como centros de interacción de la cultura y la educación, el proyecto de ley establece un acotado número de excepciones en beneficio de bibliotecas y archivos, no contempladas en la legislación actual y que buscan otorgar seguridad jurídica al desarrollo de su quehacer cotidiano.

En primer lugar, se establece que las bibliotecas y archivos que no tengan fines de lucro, podrán reproducir una obra protegida con alguna de las siguientes finalidades: i) para fines de preservación o sustitución de un ejemplar de su colección en caso de pérdida o deterioro; ii) para fines de sustitución de un ejemplar de otra biblioteca o archivo que se haya extraviado, destruido o inutilizado, siempre y cuando no se encuentre disponible en el mercado; y, iii) para incorporar un ejemplar a su colección cuando éste no se encuentre disponible en el mercado en los últimos 5 años.

En segundo lugar, las bibliotecas y archivos abiertos al público y que no tengan fines de lucro, podrán efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal. Similar autorización legal tendrán para reproducir, comunicar o poner a disposición por medios digitales de obras de su colección para ser consultadas simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios en instalaciones de la propia institución.

En último caso, las bibliotecas y archivos abiertos al público y que no tengan fines de lucro, podrán efectuar la traducción de obras originalmente escritas en idioma extranjero, cuando al cumplirse un plazo de tres años contados desde la primera publicación, o de un año en caso de publicaciones periódicas, no haya sido publicada en Chile su traducción al castellano por el titular del derecho respectivo, conforme a las condiciones que establece el proyecto.

En cada uno de estos casos, no se requerirá de autorización ni pago de remuneración al titular de los derechos, siempre y cuando la utilización sea realizada estrictamente conforme a los fines indicados y las condiciones estipuladas. Cabe destacar que estas disposiciones no son aplicables a cualquier biblioteca o archivo, pues sólo beneficia a aquellas instituciones que no tengan ánimo de lucro y que se encuentren abiertas a la comunidad, excluyéndose de estas excepciones a todas aquellas instituciones de acceso restringido o condicionado.

Excepciones para fines educativos.

El proyecto establece dos excepciones específicas para fines educativos. La primera dispone que en el caso de tratarse de bibliotecas de instituciones educativas o que sirvan a éstas, se autoriza la reproducción, comunicación y puesta a disposición del público de obras cortas, artículos de publicaciones periódicas y partes razonables de obras extensas, siempre que sean para uso exclusivo de los alumnos, investigadores y docentes de dichas instituciones. Dicha utilización no podrá ser realizada con interés comercial y deberá cumplir con los demás requisitos que determine el Reglamento.

En tanto, la segunda excepción dispone que será lícita, sin la autorización del titular ni pago de remuneración, la inclusión en una obra para fines educativos de obras cortas, como poemas, artículos, ensayos o cuentos cortos. Deberá mencionarse en cada caso la fuente, el título y autor de la obra incluida y sólo operará respecto de la educación formal o autorizada por el Ministerio de Educación. Con todo, no se incluirán más de dos obras de un mismo autor, y dicha obra no podrá representar más del 7% del contenido de la nueva obra educativa.

La norma dispone que en caso de distribuirse comercialmente la obra al público, el editor deberá pagar a los respectivos titulares una remuneración equitativa por dicha utilización. En caso de desacuerdo, la remuneración será fijada por un tribunal civil, en procedimiento breve y sumario.

Excepciones relativas a programas computacionales.

Recogiendo la actual excepción vigente en materia de programas computacionales, contenida en el inciso segundo del artículo 47 de la Ley, se incorporan, en cumplimiento de las obligaciones del Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, dos nuevas excepciones.

Dichas excepciones amparan, por una parte, las actividades de ingeniería inversa que se realicen sobre un programa computacional legalmente adquirido, con el propósito exclusivo de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo. Por la otra, ampara las actividades que se realicen con el único propósito de probar, investigar o corregir el funcionamiento o la seguridad del computador sobre el que se aplica el programa computacional.

Excepción de copia temporal.

Como contrapartida necesaria al reconocimiento expreso del derecho de reproducción temporal del proyecto, se establece una nueva excepción de reproducción temporal, sujeta al cumplimiento de determinadas y específicas condiciones conforme al uso de que se trata y siempre en el marco de la aplicación de procesos tecnológicos.

Otras excepciones.

Finalmente, como norma de cierre del nuevo Título III propuesto y a partir de lo dispuesto en el actual artículo 45 bis, que reproduce la denominada regla de los tres pasos establecida en el Convenio de Berna y en el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de la OMC, se faculta la declaración de nuevas excepciones distintas a las expresamente contempladas en el Título, siempre y cuando se traten de casos especiales, que no atenten contra la explotación

normal de la obra, de la interpretación o ejecución o del fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

INFRACCIONES, DELITOS, PENAS Y PROCEDIMIENTOS.

El Ejecutivo comparte el diagnóstico realizado por diversos sectores de la sociedad, tanto del ámbito público como privado, el cual da cuenta de lo inadecuado del régimen vigente de sanciones civiles y penales a las infracciones de los derechos de autor y derechos conexos.

De lo anterior deriva la necesidad de introducir modificaciones a la Ley, a fin de combatir de forma más severa la piratería y, en general, los usos no autorizados de obras protegidas por esta clase de derechos, otorgando más y mejores instrumentos legales para la investigación de los delitos y la sanción de los mismos.

En mérito de ello, el proyecto propone sustituir el actual Capítulo II del Título III de la Ley, por un nuevo Capítulo II, que establece un marco de sanciones civiles y penales a las infracciones a los derechos de autor y derechos conexos, además de establecer nuevos mecanismos y herramientas procesales aplicables a los casos de utilidades realizadas fuera del marco legal.

Infracciones, delitos y penas.

El proyecto propone reunir los diversos tipos penales actualmente dispersos en la ley, incorporándose nuevos tipos y graduándose las penas conforme al perjuicio causado, de acuerdo con la siguiente escala.

i) Para las infracciones que causen un perjuicio menor a 4 unidades tributarias mensuales, se establece una pena de prisión en cualquier de sus grados o multa de 10 a 100 unidades tributarias mensuales.

ii) En tanto, para las infracciones que causen un perjuicio igual o superior a 4 unidades tributarias mensuales e inferior a 40 unidades tributarias mensuales, se establece una pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 500 unidades tributarias mensuales.

iii) Finalmente, para las infracciones que causen un perjuicio igual o superior a 40 unidades tributarias mensuales, se establece una pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

La graduación se establece en el entendido que no todas las infracciones al derecho de autor y derechos conexos son siempre de la misma entidad y que es necesario introducir elementos objetivos que permitan a los tribunales de justicia aplicar la sanción más justa y efectiva en cada caso. Por ello, hemos optado por la graduación de la pena en función del perjuicio causado.

Las penas señaladas serán aplicables a las siguientes conductas que el proyecto califica como delitos:

Cualquier utilización no autorizada de obras protegidas por derechos de autor y de interpretaciones, producciones y emisiones protegidas por derechos conexos.

La falsificación de obras literarias, científicas o artísticas protegidas por la ley, de planillas de ejecución, del número de ejemplares vendidos efectivamente, de personería para autorizar el uso de

derechos de autor o de licencias respecto de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas de dominio privado.

El plagio de obras protegidas por derechos de autor, cuando se suprima o cambie el nombre del autor o el título de la obra o se altere maliciosamente su texto.

Con estas reformas, se mantienen las penas corporales vigentes; pero se aumentan considerablemente las penas de multas aplicables, equiparándose de esta manera a las multas establecidas en la Ley sobre Propiedad Industrial, recientemente aprobadas.

Cabe destacar que, a diferencia de la anterior iniciativa del Ejecutivo, para la configuración de estos ilícitos no se contempla la exigencia del elemento subjetivo del tipo -“ánimo de lucro”. De esta forma se facilitará el procesamiento y sanción de este tipo de infracciones.

Delitos contra el dominio público y la gestión colectiva.

Las obras en dominio público constituyen una de las bases esenciales para el desarrollo de la actividad creativa. Toda creación se basa en el conocimiento previamente existente. Por esta razón tan importante como la protección de los derechos de propiedad sobre obras protegidas, es la salvaguardia de aquellas creaciones que han pasado a formar parte del acervo cultural común. Para ello, se tipifican dos nuevos delito contra el dominio público, sancionando al que, a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público obras que estén en el dominio público bajo un nombre distinto al del autor; y al que reclame derechos patrimoniales sobre obras pertenecientes al dominio público.

En ambos casos se sancionan con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales.

Delitos contra la gestión colectiva.

Aplicando las mismas sanciones anteriores, el proyecto califica como delito la conducta de aquel que estando obligado al pago de retribución por derecho de autor o conexos derivados de la ejecución de obras musicales, omitieren, con perjuicio de otro, la confección de las planillas de ejecución correspondiente, necesarias para la gestión colectiva de los derechos de propiedad intelectual.

Esta norma busca fortalecer la importante labor que realizan las entidades de gestión colectiva de derechos en la protección efectiva de los intereses de los creadores.

Delito de piratería.

Un elemento central en estas reformas, se refiere a mejorar sustantivamente el marco legal aplicable a los individuos y organizaciones criminales dedicadas a la producción, distribución y comercialización ilícita de ciertos productos y creaciones que se derivan de la inteligencia y creación humana.

Por ello, el proyecto establece una disposición penal específica aplicable a los actos de piratería de bienes protegidos por derechos de autor, aumentándose hasta en dos grados la pena máxima aplicable.

La norma distingue entre la persona que comercializa copias ilícitas de obras protegidas de aquel que, con ánimo de lucro, fabrique, importe, tenga o adquiera para su distribución comercial o alquiler dichas copias ilícitas. En el primer caso, se sanciona al infractor con

pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales. En tanto que en el segundo caso, se aumenta la actual pena vigente hasta en dos grados, pasando de la actual pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo a reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

El proyecto establece, asimismo, que en caso de reincidencia en la comisión de cualquiera de los delitos descritos en la ley, se aplicarán las penas máximas contempladas para cada delito y la multa a aplicar no podrá ser inferior al doble de la anterior con un monto máximo que podrá ascender hasta las 2.000 unidades tributarias mensuales.

Por otra parte, el proyecto hace aplicable expresamente la figura de asociación ilícita del Código Penal, a los que se asociaren u organizaran con el objeto de cometer los delitos de piratería, quienes serán sancionados de conformidad a los artículos 293 y siguientes del Código Penal, aplicándose además una multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 293 y de 50 a 500 unidades tributarias mensuales, en el caso del artículo 294 del Código Penal.

Reformas del año 2003.

Enseguida, se mantienen en el nuevo capítulo, las disposiciones aprobadas en la reforma del año 2003 a la Ley, que fueron incorporadas en cumplimiento de las obligaciones específicas que sobre la materia contenía el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos.

Determinación de perjuicios.

A continuación, se establece que la determinación de los perjuicios se realizará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos, siguiendo de esta manera lo establecido en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos.

Disposiciones comunes a los procedimientos civiles y penales.

Junto con mejorar efectivamente las disposiciones penales, es opinión del Ejecutivo perfeccionar, además, los medios y mecanismos procesales que la Ley establece.

Para ello, se reúnen las disposiciones comunes a los procedimientos civiles y penales que se originen en ejecución de la ley. Bajo este acápite el proyecto incorpora las siguientes modificaciones:

Acciones a disposición del titular.

En primer lugar, se reconoce al titular de los derechos, acción para pedir el cese de la actividad ilícita, la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados y la publicación de la parte resolutive de la sentencia, mediante anuncio en un diario a elección del demandante, sin perjuicio de las demás acciones que, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, pueda impetrar el afectado.

Destino de los bienes infractores.

Adecuándose a lo establecido en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, se establece que, a petición del titular, los bienes infractores sean destruidos o apartados del comercio. Asimismo, se señala que los ejemplares ilícitos sólo podrán ser destinados a beneficencia cuando se cuente con la autorización expresa del titular de los derechos correspondientes. De esta manera, se busca no afectar

indebidamente los intereses de las diversas industrias culturales afectadas por la piratería, quienes junto con soportar el costo económico directo de las infracciones, deben tolerar además la sustitución de la demanda que supone la entrega gratuita de materiales infractores a instituciones de beneficencia, contra su voluntad.

Medidas Precautorias.

Con el fin de hacer cesar la actividad ilícita, el proyecto establece que el tribunal que conozca del asunto, en cualquier estado del juicio y a petición de parte, podrá decretar las siguientes medidas precautorias: 1) la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución, representación o cualquier otra forma de explotación presuntamente infractora; 2) la prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados, incluyendo la prohibición de publicitar o promover los productos o servicios motivo de la presunta infracción; 3) la retención de los ejemplares presuntamente ilícitos; 4) la retención o secuestro de los materiales, maquinarias e implementos que hayan sido destinados a la producción de ejemplares presuntamente ilícitos, o de la actividad presuntamente infractora, cuando sea necesario para prevenir nuevas infracciones; 5) la remoción o retiro de los aparatos que hayan sido utilizados en la comunicación pública no autorizada, a menos que el presunto infractor garantice suficientemente que no reanudará la actividad infractora; y, 6) el nombramiento de uno o más interventores.

Estas medidas podrán asimismo solicitarse en carácter de prejudiciales siempre que: i) se acompañen antecedentes que permitan acreditar razonablemente la existencia del derecho que se reclama; ii) existan riesgo inminente de infracción, y iii) se rinda caución suficiente. Se siguen en este punto, las reglas generales del Código de Procedimiento Civil, cuyas normas serán supletorias a las propuestas.

Determinación de los perjuicios e indemnizaciones.

En lo que respecta al cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, el proyecto establece que el perjudicado podrá optar entre la remuneración que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia o las utilidades que dejó de percibir como consecuencia de la infracción. Adicionalmente, el Tribunal podrá condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido siempre que sean atribuibles a la infracción y no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios.

Para la determinación del perjuicio patrimonial, se considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes infringidos. En tanto, respecto de la determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra.

En la misma línea, el tribunal podrá ordenar, al hacer efectiva la indemnización de perjuicios, a petición de parte y sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer terceros, la incautación y entrega al titular del derecho del producto de la recitación, representación, reproducción, ejecución o cualquier otra forma de explotación ilícita.

Medidas especiales de investigación.

Por su parte, conscientes que la proliferación de la piratería está fuertemente vinculada a la existencia de organizaciones criminales dedicadas a la producción, distribución y comercialización ilícita de productos y creaciones intelectuales, se estimó necesario establecer que, en

el caso de investigarse la intervención de una asociación ilícita y concurriendo los requisitos legales, se faculta la utilización agentes encubiertos, reveladores e informantes, como medida especial de investigación, a requerimiento que haga Ministerio Público al tribunal competente.

Acción pública y presunción de derechos.

Se mantiene el carácter de acción penal pública a la denuncia de los delitos sancionados en la ley. También, a fin de hacer más simple el ejercicio de estos derechos, se establece una presunción de vigencia de los derechos de autor y conexos cuando la fecha de la primera publicación de una obra original sea inferior a setenta años, implementándose de esta manera una obligación específica del Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos.

Disposiciones aplicables al procedimiento civil.

Finalmente, se reúnen las disposiciones especiales aplicables sólo a los procedimientos civiles que se originen en ejecución de la ley.

Entrega de información.

Así, se establece que el tribunal podrá ordenar a él o los presuntos infractores de esta ley, la entrega de toda información que posean respecto a las demás personas involucradas en la infracción, así como todos los antecedentes relativos a los canales de producción y distribución de los ejemplares infractores. El tribunal podrá, para la consecución de este fin, aplicar multas de 5 a 50 unidades tributarias mensuales a quienes se nieguen a entregar dicha información.

Procedimientos breves y sumarios.

Se mantiene la regla general vigente, que dispone que los procedimientos civiles a que de lugar esta ley, serán conocidos de manera breve y sumariamente.

Indemnización predeterminada.

Finalmente, se incorpora en nuestra legislación un sistema de indemnización predeterminada, conforme a la cual el titular de un derecho podrá, a su elección, solicitar una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una suma única compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser menor a 4 unidades tributarias mensuales ni mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción. Esta disposición también tiene su origen en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos.

RÉGIMEN DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET.

Como ya se ha dicho, los positivos efectos que las nuevas tecnologías han tenido sobre las comunicaciones y sobre la difusión del conocimiento, han significado también nuevas formas de infracción para los derechos actualmente reconocidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Para normar adecuadamente este tipo de infracciones, se establece un régimen de limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet.

Para tal efecto, se propone la adaptación a nuestro sistema jurídico de la obligación contenida en el artículo 17.11.23 del Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, sobre limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de telecomunicaciones por infracciones a los derechos de autor y conexos que ocurran a través de sus redes y sistemas.

Prestadores de servicios de internet.

En primer lugar, el proyecto propone que se establezca una norma general en virtud de la cual se limita la responsabilidad pecuniaria de los prestadores de servicios de Internet por las infracciones a los derechos regulados por esta ley que se cometan por o a través de sus redes o sistemas.

Para estos efectos, se establecen una serie de condiciones que deben cumplirse por los proveedores de servicios. Estas condiciones dependerán de la calidad que el prestador de servicios ostente, distinguiéndose entre quienes: 1) transmiten, enruten o proporcionen suministro de redes; 2) efectúen almacenamiento temporal (caching); 3) efectúen almacenamiento a petición de los usuarios de información en sistemas o redes hosting); y, 4) proporcionen herramientas de búsquedas de información.

De esta forma, para el caso de los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones, para que opere esta limitación de responsabilidad es necesario que éstos no modifiquen ni seleccionen el contenido de la transmisión, no inicien la transmisión y no seleccionen a los destinatarios de la información.

Por su parte, los prestadores de servicios de almacenamiento de datos de carácter temporal, que lleven a cabo su servicio mediante un proceso de almacenamiento automático, verán limitada su responsabilidad cuando respeten las reglas de acceso de usuario y de actualización fijadas por el sitio de origen, no interfieran en la tecnología del sitio de origen para obtener información sobre el uso del material, no modifiquen el contenido al momento de efectuar la transmisión y retiren o inhabiliten de forma expedita el acceso al material que, de acuerdo al proceso legal de notificación deba ser retirado o inhabilitado de su red.

Similar disposición existe respecto de aquellos prestadores de servicios que efectúan almacenamiento, servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios, siempre que el prestador de estos servicios no tenga conocimiento del carácter ilícito del contenido, no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, designe públicamente a un representante para recibir las notificaciones de retiro o inhabilitación y retire o inhabilite el acceso al material almacenado que, de acuerdo al proceso legal de notificación deba ser retirado o inhabilitado.

Junto con cumplir con cada una de las condiciones específicas conforme a la naturaleza del servicio de que se trate, los prestadores de servicio deberán, además, cumplir con condiciones generales relativas a la adopción de políticas de término de contrato de aquellos usuarios infractores reincidentes, no deberán interferir en las medidas de protección e identificación de obras protegidas y no deberán haber iniciado

la transmisión, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios, salvo las excepciones que la propia ley establece.

Prohibición de ejercer vigilancia o supervisión de los datos.

Sin perjuicio de lo anterior y a fin de dar cumplimiento a diversas garantías constitucionales, el proyecto establece claramente que los prestadores de servicios no tendrán obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades supuestamente ilícitas ni de supervisar el contenido de los datos transmitidos, almacenados o referenciados. Se sigue de esta manera, las disposiciones vigentes que establecen que las compañías de telefonía no pueden supervisar ni controlar las llamadas que realicen sus abonados, por estar afectas a las normas constitucionales sobre inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

Medidas para el retiro, inhabilitación o bloqueo de contenidos infractores.

Por su parte, con el propósito de establecer medidas efectivas que resguarden a los titulares de derechos de autor y conexos de las infracciones que se cometan en o a través de redes o sistemas digitales, se establece un procedimiento judicial expedito en el que se establecen medidas especiales que el juez podrá decretar a petición de parte. Estas medidas podrán consistir en la terminación de cuentas, retiro o bloqueo de materiales infractores de las redes o sistemas de un prestador de servicios de Internet. El tribunal competente para conocer de estas solicitudes, será el juzgado de letras en lo civil correspondiente al domicilio del prestador de servicios. Estas medidas podrán decretarse en carácter de prejudiciales o judiciales, previa notificación al prestador de servicios. Respecto del supuesto infractor, la notificación será facultativa y podrá decretarse sin necesidad de rendir caución previa cuando la medida sea solicitada como prejudicial. Para dar garantías suficientes a este procedimiento, sin afectar su eficacia, se establecen en la ley requisitos específicos adicionales a los generales contemplados en los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 254 el Código de Procedimiento Civil.

Este procedimiento y los incidentes que puedan suceder durante su tramitación, se conocerán breve y sumariamente y las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo, gozando de preferencia para su conocimiento y vista por el tribunal de alzada.

Adicionalmente, se establece el derecho de los titulares a requerir, por vía judicial, la entrega de la información necesaria para la identificación del proveedor de contenidos infractores.

Finalmente, con el objeto de evitar abusos en la utilización de este procedimiento, se establece una figura especial que hace responsable de los daños causados a quien proporcione información falsa, cuando en base a esa información falsa se inhabilite, retire o bloquee datos por parte de un prestador de servicios de Internet. Asimismo, se establece una exención de responsabilidad respecto de ciertos actos – retiro, inhabilitación, bloqueo y restablecimiento – que los prestadores de servicios de Internet realicen, de buena fe, voluntariamente o a requerimiento de un tercero de acuerdo a las condiciones que se señalan el proyecto.

OTRAS MODIFICACIONES.

Derogación de extensión subjetiva de la protección.

El proyecto, por otra parte, propone reemplazar los actuales incisos primero y segundo del artículo 10 de la ley por un solo inciso, eliminando la hipótesis de extensión del plazo en favor de “hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo”, por estimarse como una norma discriminatoria en función del estado civil y género, y por estimarse que también afecta la certeza jurídica en cuanto dificulta la identificación del dominio público chileno.

Cesión legal de derechos en el caso de programas computacionales.

Enseguida, con el objeto de perfeccionar y simplificar la disposición de cesión legal de derechos de autor en el caso de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se elimina el requisito que sólo hacía titular del encargo al mandante en los casos de encargos que tuvieran fines comerciales posteriores.

Definición de prestador de servicios de Internet.

A continuación y como una forma de otorgar certeza jurídica a la regulación de la limitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet, se incorpora la definición de estos prestadores en la disposición donde se encuentran contenidas las definiciones de esta ley.

Reconocimiento del derecho de reproducción temporal.

Con el objeto de hacer extensivo el derecho de reproducción al entorno digital, de manera de reconocer expresamente a los titulares el derecho de reproducción temporal sobre sus obras, que es una utilización frecuente en los actuales procesos tecnológicos, se inserta en el literal u) del artículo 5° de la Ley, la frase “permanente o temporal” entre los vocablos ‘fijación’ y ‘de’.

Autorización de uso de símbolo.

Por otra parte, el proyecto propone agregar un nuevo inciso final al artículo 72° de la Ley, a fin de permitir al titular del derecho patrimonial la utilización del símbolo ©, anteponiéndolo al año de la primera publicación y a su nombre. Esta modificación da cuenta de una práctica comercial extendida, por parte de los titulares de derechos de autor y conexos, para comunicar que se está en presencia de una obra protegida o de la presencia de derechos conexos protegidos.

Tarifas de las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos.

Las modificaciones al artículo 100, referido a las tarifas que pueden cobrar las entidades de gestión por la utilización de su repertorio, están inspiradas en la Resolución N°513, de 1998, de la Comisión Resolutiva, órgano antecesor del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. En efecto, dos materias destacan en esta resolución: a) la fijación de tarifas debe hacerse de acuerdo al uso efectivo de las obras; y, b) deben originarse del acuerdo entre las partes interesadas o en su defecto mediante arbitraje.

El proyecto se hace cargo de estas dos materias y agrega dos consideraciones también relacionadas con libre competencia. En primer lugar, se eliminan las tarifas especiales que permite la ley, debido a que dan origen a potenciales discriminaciones entre los usuarios, y se sustituyen por tarifas generales que pueden ser diferenciadas según categoría de usuarios, junto con planes tarifarios alternativos disponibles para todos los usuarios dentro cada categoría.

En segundo lugar, la obligación de someter las tarifas a arbitraje, luego de no alcanzarse un acuerdo entre las partes, queda circunscrita a aquellas entidades de gestión que sean declaradas dominantes por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

De esta forma, se logra plenamente el objetivo de la modificación de este artículo, que es el equilibrio entre el derecho a cobrar por la utilización de obras y el control del abuso que pudiesen llegar a ejercer entidades de gestión con posición dominante en el mercado.

Autorizaciones concurrentes.

De forma consistente con lo acordado en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, se clarifica que en caso de ser necesaria la autorización del autor de una obra incorporada a un fonograma y la autorización del artista, intérprete o ejecutante y del productor del fonograma, ambas deberán concurrir conjuntamente sin que una excluya a la otra.

Artículos finales.

El proyecto, por otra parte, deroga el artículo 12 de la ley N°19.227, que crea el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, a fin de concordar sus disposiciones al nuevo texto de la ley.

Enseguida, propone sustituir los actuales incisos segundo y tercero del artículo 11 de la ley N°19.227, por un nuevo inciso segundo concordante con las nuevas disposiciones de la ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual.

MENCIÓN ESPECIAL.

Cabe destacar, finalmente, que el presente proyecto de ley recoge las diversas iniciativas parlamentarias que se han presentado a este respecto en el pasado. Una de ellas es la moción que fuera presentada en el año 1996 por los entonces Honorables Diputados Naranjo, Escalona, Estévez, Martínez, Schaulsohn, Allamand, Valenzuela, Ascencio, Bombal y Viera-Gallo.

Asimismo, cabe destacar la moción ingresada durante el año 2002 por los también entonces Honorables Diputados, señores Aníbal Pérez, Felipe Letelier, Patricio Hales y la Diputada Ximena Vidal y, la iniciativa presentada en el año 2003 por el entonces Honorable Senador Fernando Cordero.

De esta forma, el Ejecutivo hace un reconocimiento expuesto del valioso aporte de quienes inicialmente plantearon estos temas en el parlamento, proponiendo un nuevo tratamiento para las infracciones contra la propiedad intelectual en Chile y, en definitiva, una modernización de la ley de propiedad intelectual a los nuevos desarrollos de la sociedad chilena.

Incidencia o efectos en la legislación vigente: En virtud de este Mensaje, se modifica la ley N° 17.336, sobre Propiedad

Intelectual, de la forma recién expuesta y se hacen adecuaciones menores en la ley N° 19.227.

III.- INTERVENCIONES

DOÑA PAULINA URRUTIA FERNÁNDEZ, MINISTRA PRESIDENTA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES.

Manifestó que su intención es dar a conocer a los H. Diputadas y Diputados el proyecto en términos generales.

Señaló que ésta es la mayor modificación que se haya propuesto a la actual Ley de Propiedad Intelectual, que data de 1970 y, que obviamente no está resolviendo los problemas de nuestra industria cultural, ni contempla los necesarios resguardos para garantizar el acceso de la ciudadanía a la producción cultural, en especial aquella de sectores más vulnerables de nuestra sociedad.

Informó que este proyecto constituye una respuesta consensuada al interior del Gobierno de Chile, a legítimas aspiraciones provenientes de los más diversos sectores de nuestra sociedad; expresión además del respeto a los compromisos adquiridos con nuestros socios comerciales en la materia.

Sostuvo además, que con este Mensaje se busca materializar la Política Cultural de Estado de Chile, que expresa la convicción de que el crecimiento de nuestro país se funda no sólo en el aumento del bienestar económico y en la superación de la marginalidad, sino en el desarrollo humano, personal y colectivo, donde el acceso a los bienes y servicios culturales que nos permiten participar de una sociedad más integral y justa, es un derecho irrenunciable. Queremos que ese acceso sea diverso y enriquecido por la creación de nuestros autores y artistas, por el aporte de nuestras industrias culturales que producen y distribuyen esa oferta creativa, en un entorno legal y de mercado que lo facilite, donde sin lugar a dudas el rol de los derechos de autor es fundamental para establecer los equilibrios.

Aseveró que el Gobierno de Chile cree firmemente en la importancia del derecho de autor como una herramienta de fomento e incentivo a la creación, generadora de desarrollo y bienestar en las naciones, a través de una regulación equilibrada, tal como lo señala la Carta Cultural Iberoamericana suscrita por la Presidenta de la República en noviembre de 2006, en el marco de la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

La Ministra informó que el Ejecutivo ha optado por una agenda progresiva de modificaciones a esta ley. La primera etapa de ellas se materializó en el año 2003, cuando se aprobaron dos importantes reformas. Ahora, se han ingresado al Congreso Nacional aquellas modificaciones generales a la ley, necesarias para responder al nivel de desarrollo que nuestro país tiene, haciéndonos cargo de las diversas realidades que la sociedad actual nos presenta. Paralelamente, a partir de esta iniciativa comenzaremos la última etapa de la agenda, mediante un trabajo planificado y sistemático con cada uno de los sectores interesados para preparar así futuras iniciativas legales donde se recojan cada una de las legítimas aspiraciones sectoriales.

Afirmó que ciertamente no todos estarán de acuerdo con las propuestas que se formulan, que se escucharán opiniones diversas y manifestaciones de intereses también disímiles, pero lo importante es que se avance en el establecimiento de los acuerdos que esta reforma requiera.

Hizo presente que existe la necesidad de aprobar estas modificaciones antes del 31 de diciembre de este año, con el propósito de dar cumplimiento a compromisos asumidos por el país con motivo de la suscripción de tratados de libre comercio.

Expresó que espera que los aspectos generales fundamentales del proyecto, a los cuáles se ha de referir, sean el marco de discusión. Agrega que la tercera etapa, destinada a discusiones puntuales con diversos sectores específicos, se abrirá ahora, haciendo presente que a veces este tipo de temas son de más largo aliento, esperando que se avance con celeridad. En este sentido, señaló que el Gobierno confía en una discusión parlamentaria abierta, clara y responsable, donde las distintas visiones se expresen en el marco del contenido del proyecto, para precisar y profundizar sus alcances.

Hizo presente que la denominada “ley corta de piratería” (Boletín N°3461-03) ha sido retirada del Congreso Nacional por este proyecto que lo reemplaza, por cuanto fue objeto de una serie de discusiones que lo desvirtuaron, de tal forma que no satisfacía las aspiraciones de ningún sector.

Explicó que el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes elaboró las bases de este proyecto a fin de iniciar la discusión interministerial del mismo, hasta que se logró un consenso al interior del Ejecutivo, que lo enriqueció, el cual constituye una prioridad legislativa de la Presidenta de la República.

Precisó que su contenido se puede dividir en sanciones y procedimientos, por un lado, y excepciones y limitaciones, por el otro, lo cual le brinda equilibrio. Agrega que el proyecto, asimismo, implementa los tratados de libre comercio; establece regulaciones para Internet, e introduce otras modificaciones.

En lo que se refiere a sanciones, indicó que establece una nueva estructura de infracciones y delitos, precisando que en la actualidad los tipos penales que sancionan la piratería se encuentran dispersos en distintas leyes, como sucede, por ejemplo, con la Ley de Fomento del Libro y la Lectura, que contiene disposiciones especiales en materia de piratería. Acota que se sanciona todo tipo de utilización de una obra no autorizada, protegiendo el derecho de autor y derechos conexos, pero que no todo tipo de uso de obra constituye un delito. Añade que también se sanciona la falsificación de instrumentos de cobro indebido de derechos de autor y que se establecen nuevos tipos penales por atentar en contra del dominio público de los derechos de propiedad intelectual y en contra de entidades de gestión de derecho. Precisa que la idea es sancionar a los que contratan un servicio y no entregan la información que permita el adecuado cobro de los derechos de autor. En cuanto al dominio público, se refiere a casos de personas que pretenden cobrar por derechos que, en virtud del tiempo transcurrido desde la muerte del autor, han pasado a ser de dominio público.

Sostuvo que una gran enmienda es la que distingue entre el que vende material ilícito del que lo fabrica y distribuye para la venta o alquiler. Se aumenta la sanción civil, con multas que oscilan entre las 100 a las 1.000 unidades tributarias y el que provee el material ve sus penas aumentadas hasta en dos grados, siendo la sanción penal de 540 días a 5 años de presidio.

Precisó que se establece una nueva estructura de las penas que permite su graduación a través de una escala. Agrega que si existe una asociación ilícita es posible emplear mecanismos extraordinarios, tales como informantes, agentes encubiertos y se podrá suspender la venta,

como también prohibir los actos y contratos; retener y secuestrar el material y maquinaria, nombrar interventores, entre otras medidas.

Aseveró que el proyecto contempla medidas que van más allá de las exigencias impuestas por los tratados de libre comercio. Así, cuando se dispone la destrucción de los bienes infractores, la única alternativa para evitar esta destrucción es que el titular de los derechos afectados disponga que no se destruyan y se destinen para fines benéficos. Añade que también se contempla en la figura de asociación ilícita para cometer delitos de piratería, aparte de las sanciones civiles y penales, una indemnización de perjuicios o indemnización, por daño moral o patrimonial al autor.

Aclaró que la normativa actualmente vigente dispone que es el juez el que decide si un material se destruye o no. De acuerdo a este proyecto, asevera, el único que puede evitar la destrucción de los bienes falsificados es el titular del derecho de autor respectivo

Señaló que el derecho a citar la obra de un autor se amplía a todo tipo de obra, incluyendo a las imágenes fijas y a las obras plásticas.. Así, en el caso de la imagen, tanto la fija como la audiovisual, queda el contenido completo, nombrando al titular, para fines de educación. Respecto a los discapacitados que requieren formatos especiales se les otorga distribución y acceso exclusivo para esas personas. Añade que existe la posibilidad de reproducir material que está en deterioro o pérdida, a través del procedimiento que fijará el reglamento respectivo; como también se contempla la posibilidad de reproducir fragmentos de obras en bibliotecas para uso personal y de la biblioteca; también se podrá reproducir digitalmente material que se encuentra dentro de la biblioteca en un número acotado. Asimismo, se acepta traducir material de una biblioteca al castellano.

Recordó que todas estas medidas son prácticas habituales de las bibliotecas.

Añadió que también se contemplan excepciones para fines educacionales, de tal forma que se puedan incluir en textos escolares de distribución gratuita, poemas, cuentos cortos. Indica que se autoriza la reproducción de material docente solo para uso escolar.

Expuso que, en lo que respecta a los programas computacionales, ya se contempla la excepción de hacer copias de respaldo, a lo que se suma ahora la denominada ejecución de ingeniería inversa, que consiste en compatibilizar procesos con distintos fines y de copia temporal, por como funcionan los sistemas de distribución digital y satelital. Asimismo, aparece la regla que establece nuevas excepciones en términos generales, siempre que se respete la denominada “regla de los tres pasos” impuesta por la Organización Mundial del Comercio, esto es que se trate de casos especiales; que no afecten la normal explotación de las obras, y no perjudique al autor de las mismas. Esto permite que un tribunal pueda, cumpliéndose los requisitos, establecer nuevas excepciones.

Señaló que se limita la responsabilidad económica de los prestadores de servicios de internet, cumpliendo con la facultad de poner término al servicio respecto al usuario que infringe reiteradamente las normas. Asimismo, manifestó que se establece un procedimiento judicial expedito para bloquear contenidos infractores y terminar con las cuentas del usuario infractor.

En cuanto al cumplimiento de compromisos adquiridos por nuestro país como consecuencia de la suscripción de tratados de libre comercio, puntualizó que éstos se están cumpliendo mediante los siguientes aspectos del proyecto de ley: implementación en materia de

sanciones y excepciones; como, también, por las regulaciones que se establecen para Internet.

Explicó que se pone término a la norma que transmitía a las viudas y a las hijas solteras, o casadas con incapaces, del autor fallecido, sus derechos; además, se establece una regulación del sistema de fijación de tarifas por entidades de gestión colectiva.

Afirmó que gran parte, esto es 98% aproximadamente de los delitos relativos a propiedad intelectual, no llega a juicio oral. Es por ello que si estos ilícitos fuesen de competencia de los juzgados de policía local originaría la intervención de varios tribunales en el mismo tema, por cuanto las demandas de indemnización de perjuicios serían de competencia civil y el titular debería demandar en sede penal. Es por ello que se prefirió dejar el conocimiento de estos delitos en sede penal y se fijó un sistema de indemnización de perjuicios para facilitar la protección de los derechos.

DOÑA YASNA PROVOSTE, MINISTRA DE EDUCACIÓN.

Expresó que Chile en el siglo XXI está enfrentado el desafío de integrarse y aprovechar las oportunidades de la Sociedad de la Información y del Conocimiento, competir en mercados globalizados, defender su identidad y diversidad cultural, igualar oportunidades, incentivar la creatividad y la innovación nacional, para así asegurar un desarrollo económico y social sustentable y justo.

Lo anterior no es nada nuevo, sin embargo, cómo se relaciona aquello con los derechos de autor y sus excepciones no siempre es bien comprendido. Esto puede llevar a reducir la discusión que nos ocupa a una problemática simplificada, que desconozca la multiplicidad de intereses que serán afectados por esta normativa. Por ello cree importante hacer una reflexión sobre la justificación del derecho de autor y la importancia de contar con un sistema equilibrado que sea apropiado para responder a los desafíos ya enunciados.

A) LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU DIFERENCIA CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE BIENES MATERIALES.

Señaló que existe un gran consenso en los beneficios del reconocimiento de los derechos de autor, fundamentados en una combinación de teorías del derecho natural y consideraciones utilitaristas, que los justifican Como una manera de incentivar la actividad creativa para el beneficio de la sociedad. Sin embargo, además de ese incentivo o eficiencia (dinámica) como lo ha destacado el Premio Nobel de Economía J. Stiglitz, estos derechos ocasionan una ineficiencia (estática) en el aprovechamiento de los bienes intelectuales, con el consiguiente detrimento del interés público.

Enfatizó que la utilización de una obra intelectual por una persona no impide que otras también lo hagan simultáneamente. Esto es fácil de apreciar, por ejemplo, con una obra literaria o una canción, las que pueden ser leídas o interpretadas al mismo tiempo por todo el mundo, sin que con ello se deterioren o pierdan sus cualidades. Como sabemos, dijo, ello no ocurre con los bienes corporales, por ejemplo: una manzana o un lápiz.⁴

⁴ Decimos que estos bienes son rivales en consumo, ya que si alguien se come la manzana otro no lo podrá hacer, o si yo ocupo un lápiz, el resto de la humanidad no puede hacerlo.

Esta “no rivalidad” en el consumo del conocimiento o de las obras intelectuales ha quedado reflejado en las palabras de Thomas Jefferson: “quien recibe una idea de mí, recibe instrucción sin disminuir la mía; igual que quien enciende su vela con la mía, recibe luz sin que yo quede a oscuras”.

Ello marca una clara diferencia entre los derechos intelectuales y el derecho de propiedad clásico⁵ que se ejerce sobre los bienes corporales y explica, en gran medida:

a) la existencia y profundidad de las limitaciones y excepciones a los derechos de autor, y

b) los distintos efectos que tiene la utilización no autorizada de un bien corporal en comparación con un bien intelectual.

B) EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO COMO BASE DEL DERECHO DE AUTOR.

Indicó que, consistente con lo anterior, la necesidad de balancear los intereses del autor y de la sociedad ha estado presente desde las primeras leyes que han reconocido los derechos de propiedad intelectual. Al respecto, se puede mencionar: el Estatuto de la Reina Ana de 1710, la Constitución de los EE.UU. de 1787, la ley francesa, de 1791, y por cierto la Constitución de Chile de 1833, las que junto con dar origen a este derecho, lo acotaron con un plazo extintivo y sujetaron a excepciones y otras limitaciones que pueda determinar la ley en beneficio del interés público.

C) EVOLUCION DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS Y EL PELIGRO DE LA PÉRDIDA DE EQUILIBRIO.

Señaló que el contenido de las normas de derechos de autor y conexos, ya sean de cuño utilitarista o de derecho natural, no son inmutables como en la “Ley de la Gravedad”; por el contrario, han estado en permanente evolución con respecto a las clases de obras y productos que cubre; a las facultades que otorga y a quiénes pueden ser sus titulares. Este crecimiento se ha fortalecido internacionalmente, en especial a partir de la consolidación de las industrias del entretenimiento en los países desarrollados y la incorporación de la propiedad intelectual dentro de las disciplinas de la Organización Mundial del Comercio.

En efecto, dijo, a partir de mediados del siglo pasado, se han otorgado en el plano internacional derechos análogos a los de autor (derechos conexos), a entidades y personas que sin ser creadoras, favorecen la difusión de las obras, tales como las empresas fonográficas, de radiodifusión y a los artistas intérpretes o ejecutantes musicales.

Esta expansión se ilustra en el caso de Chile, por el aumento, no sólo de la extensión de los titulares y sus facultades, sino también de los plazos de duración de los derechos de autor. Estos pasaron de 30 años después de la muerte del autor en 1971 (por la ley 17.336) a 70 años después de la muerte a partir de la modificación del año 2002. Antes de la ley 17.336, los productores de fonogramas, los artistas intérpretes no contaban con derechos intelectuales, y hoy el plazo de duración de éstos, puede llegar hasta 119 años después de su fijación.

⁵ Otra diferencia que también es relevante tener presente, radica en que a diferencia de la piratería o robo de bienes materiales, la que provoca la privación del bien respecto del ofendido; en el caso de la piratería de bienes intelectuales, entendida como la reproducción ilícita, el ofendido lo que pierde es el pago de la licencia por la utilización de la obra, ya que mantiene la propiedad y la posibilidad de utilizar la obra.

Agregó que en otras legislaciones, que al igual que Chile van más allá de los estándares de los tratados multilaterales de derecho de autor, incluso se ha reconocido el derecho de autorizar o prohibir el préstamo de las obras, y formas de utilización privada.

Esta expansión, si bien ha contado con el respaldo de entidades de titulares de estos derechos, está generando un fuerte cuestionamiento en sectores académicos y de la sociedad civil a nivel internacional, que han expresado su alarma por lo que consideran una pérdida del equilibrio dentro del sistema de la propiedad intelectual en perjuicio del bien común.

D) IMPORTANCIA DE UN SISTEMA EQUILIBRADO

Enfatizó que, con relación al principio del equilibrio, que éste y las limitaciones a los derechos de autor que lo resguardan, a diferencia de lo que ordinariamente podría pensarse, no sólo juegan en favor de los consumidores, sino que también de los propios autores, artistas, las industrias del entretenimiento y las de tecnologías que son titulares de estos derechos.

i) A Los Autores

En efecto, dijo, aunque no siempre es tan evidente como en los casos de las reinterpretación dadaísta de La Gioconda de Leonardo Da Vinci hechas por Marcel Duchamp y por Dalí; la Cenicienta por Walt Disney, o el Quijote de Avellaneda, normalmente los creadores y artistas necesitan de acceso a obras previas, o se sirven de ellas para poder construir directa o indirectamente sus propias obras o expresiones.

Sostuvo que es difícil imaginar el desarrollo de muchas formas de expresión de los campos literario, artístico o científico si no fuera por las excepciones al derecho de autor. Por ejemplo, no sería posible la literatura científica si los autores de esas obras debiesen pedir autorización cada vez que hacen una cita y reproducen extractos de obras de terceros; o el trabajo de los Dj's que han abierto los 12 tonos musicales de obras preexistentes a graduaciones infinitas, gracias a las posibilidades del "Fair Use". La importancia de la creación acumulativa e incremental de la cultura y el conocimiento, está reflejada en las palabras de Isaac Newton "si puedo ver lejos es por que estoy parado en los hombros de gigantes".

ii) A Las Industrias Culturales

Tampoco se puede olvidar, dijo, que parte del éxito de las multinacionales del entretenimiento, también ha tenido su origen en el aprovechamiento de las obras en dominio público y otras limitaciones de la propiedad intelectual que les han facilitado el acceso. Por ejemplo, esto es fácil de observar mirando el catálogo de las obras de Walt Disney⁶ : Blanca nieves (1937), Fantasía (1940), Pinocho (1940), Dumbo (1941), Bambi (1942), Canción del sur (1946), Cenicienta (1950), La bella durmiente (1959), El planeta del tesoro (2003), entre otras.

iii) A las industrias de tecnologías

Por su parte, señaló, para el desarrollo de nuevas tecnologías, las limitaciones a la propiedad intelectual también han sido esenciales. Por ejemplo, de no haber existido en EE.UU., el reconocimiento por la Corte Suprema de ese mismo país del derecho que hacer copias

⁶Destacado por Lawrence Lessig, en su obra "Cultura Libre"

privadas con un videograbadora para uso doméstico⁷ en la década de los 80, no se habrían podido desarrollar adecuadamente esa tecnología ni sus mercados asociados como el de los videos⁸. Tampoco se ve posible hoy, el desarrollo sostenido de la actividad de los proveedores de servicios de Internet sin la existencia de limitaciones a la responsabilidad, instauradas tanto en EE.UU. como en Europa y que son objeto de este proyecto.

En síntesis, dijo, todo indica que la existencia de limitaciones a los derechos de autor y conexos, que maticen la aplicación de las restricciones que estos implican, en definitiva ha redundado en espacios de libertad artística, mayores mercados y nuevas formas de explotación y difusión, con el evidente beneficio de los creadores, así como en una mayor aceptación del sistema de protección por todos los involucrados, lo que facilita su observancia.

F) El Desafío de la Sociedad de la Información.

Entrando a los principales desafíos, agregó, en particular el de integrarnos a la Sociedad de la Información, notó que la Internet⁹ y en general las nuevas tecnologías digitales y de las comunicaciones, permiten y obligan a potenciar tanto el acceso como la creación de las obras del conocimiento.

Estos desarrollos han reducido sustancialmente el costo de producción, reproducción, distribución y acceso de contenidos, haciendo posible el sueño de la biblioteca de Alejandría y, además, permiten combinar dichos contenidos de mil maneras, abriendo una insospechada dimensión.

En efecto, acotó, la "Internet ha desencadenado una extraordinaria posibilidad para que muchos participen en el proceso de construir y cultivar una cultura que llega mucho más allá de los límites locales. Ese poder ha cambiado el mercado para las formas en las que se construye y se cultiva la cultura en general."¹⁰, con un claro beneficio para la diversidad cultural.

Sin embargo, dijo, este cambio también es mirado como un riesgo, especialmente para los modelos tradicionales de producción y comercialización de la cultura y del conocimiento.

Al respecto, representantes de industrias multinacionales del entretenimiento y de sociedades de gestión colectiva, a nivel mundial, han expresado su alarma por las pérdidas económicas que les ocasiona o puede ocasionar la utilización sin autorización en el medio digital de contenidos sobre los cuales ostentan derechos de propiedad intelectual. Muchas veces han señalado que cada copia no autorizada significa la pérdida del pago de una licencia.

Por último, agregó, también se debe tener presente que los actuales niveles de protección de los derechos intelectuales en la Internet también causan problemas para el desarrollo de servicios o tecnologías como el caso de los buscadores de Internet, los que están sujetos a importantes riesgos legales, por las reproducciones que deben realizar para prestar sus servicios.

De lo ya expuesto, es fácil ver la tensión y expectativas que se debe calibrar en esta tarea conjunta que se está iniciando. Donde está claro que tanto una falta de protección como una sobre

⁷Ello a pesar de la oposición de la industria cinematográfica norteamericana

⁸*Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984)[1], conocido como el "Betamax case"

⁹En particular una de sus capas: la World Wide Web

¹⁰ Lessig, en "Cultura Libre"

protección en materias de propiedad intelectual puede ocasionar daño a la sociedad.

G) El Equilibrio en relación con Acceso a la Educación.

Finalmente, estimó que es especialmente legítimo que se mantengan o garanticen espacios de libertad para los usuarios y así resguardar el respeto al derecho humano a la educación. No hay duda que es una meta país mejorar la calidad y cobertura de la educación; ello implica que los alumnos de todos los niveles y modalidades, requieren de acceso a textos y recursos educativos que reflejen la frontera del conocimiento, así como las expresiones culturales literarias, artísticas y folclóricas que mejor atiendan a los planes y programas respectivos. Igualmente requieren tener la posibilidad de aprender a construir significado con los medios que brindan el software y las tecnologías audiovisuales sin que baste que los alumnos sean receptores de textos.

1. Libertades necesarias para la realización de clases.

Es evidente, puntualizó, que el proceso educativo no puede funcionar si los profesores tuviesen que pedir autorización para exhibir, comunicar, reproducir o distribuir razonablemente materiales sujetos a derechos de autor en el transcurso de sus clases; tampoco puede funcionar si los alumnos no pudiesen llevar a sus clases materiales que han seleccionado, porque éstos están sujetos a esos derechos. Ello tanto en ambiente presencial o a distancia.

2. Flexibilidades para la producción de libros educacionales.

También preocupa, dijo, los impedimentos que se pueden ocasionar para la provisión de los textos educacionales que necesitan los alumnos y profesores, si la industria editorial nacional no puede acceder adecuadamente a las licencias para incluir todos los contenidos que éstos requieren, ya sea porque se desconoce al titular de los derechos, se niegue la licencia, o esta implique costos desproporcionados.

II. DISPOSICIONES A DESTACAR EN PARTICULAR

Para fines educacionales y acceso al conocimiento:

Para prevenir lo anterior, agregó, es necesario diferenciar claramente cuándo una utilización no autorizada constituye “piratería” y cuándo es una utilización legítima para fines educacionales, destacando especialmente para esos fines las disposiciones de las propuestas de artículos 71 N, 71 Ñ, 71 D, de este proyecto, que se hacen cargo de resolver vacíos en nuestra actual legislación con relación a los utilizaciones para fines educacionales, bibliotecas y acceso a discapacitados.

Licencia obligatoria y excepción para la edición de textos educacionales:

Al respecto el artículo 71 Ñ ¹¹ establece que es posible para fines de editar un texto educacional se utilicen sin autorización hasta 2 obras cortas como poemas y artículos de revistas, que no representen más del 7% del texto educacional. Utilización que estará sujeta a una remuneración cuando el texto sea distribuido comercialmente a los alumnos.

Esta norma busca solucionar las dificultades que editores nacionales han experimentado al tratar de conseguir licencias para estas utilidades y en la práctica constituye un derecho especial de cita para textos educacionales.

Excepción para bibliotecas que atienden instituciones educacionales:

El artículo 71 N clarifica que las bibliotecas que sirven establecimientos educacionales tienen el derecho de fotocopiar obras cortas, como artículos de revistas y parte de libros que están en sus colecciones, a petición de docentes encargados de dictar cursos, para estos y sus alumnos, sin pagar ningún gravamen, en la medida que se ajusten a los requisitos que señalará el reglamento.

Este Artículo, y los demás que clarifican las excepciones para las utilidades de obras por bibliotecas públicas, vienen a rectificar la actual vaguedad de la legislación en estas materias y producirá un incentivo a la lectura y a la formación de mayores mercados para las obras literarias.

Excepción para fines de acceso a discapacitados:

Por último, dijo, el artículo 71 D propuesto¹²¹³ que clarifica que son libres las reproducciones de libros en Braille, u otras utilidades para poner obras en formatos adecuados a las respectivas

¹¹ **Artículo 71 N.** Las bibliotecas de instituciones educacionales o que sirvan a dichas instituciones, podrán, sin autorización ni pago de remuneración, reproducir, comunicar y/o poner a disposición por cualquier medio las reproducciones de obras cortas, artículos de publicaciones periódicas y partes razonables de obras extensas, para uso exclusivo de los alumnos, investigadores y docentes de dichas instituciones, conforme lo solicite el docente encargado de los respectivos cursos, siempre que dicha utilización de la obra se efectúe sin interés comercial y cumpliendo los demás requisitos que determine el Reglamento.

Artículo 71 Ñ. Será lícita, sin la autorización del titular de los derechos de autor y conexos ni remuneración, la inclusión en una obra para fines educacionales, en el marco de la educación formal o autorizada por el Ministerio de Educación, de obras cortas, como poemas, artículos, ensayos o cuentos cortos. Deberá mencionarse en cada caso la fuente, el título y autor de la obra incluida.

Al amparo de esta excepción no se incluirán más de dos obras del mismo autor, y dicha obra no representará más del 7% del contenido de la nueva obra educacional.

En los casos en que la obra educacional sea total o parcialmente distribuida comercialmente al público, el editor deberá pagar a los titulares de derechos de las materias sujetas a derechos de autor o conexos utilizadas, una remuneración equitativa por dicha utilización en los ejemplares que sean distribuidos comercialmente al público.

Dicha remuneración también se devengará en los casos que se exceda el uso permitido en los incisos primero y segundo de este artículo.

A falta de acuerdo por las partes, dicha remuneración será fijada por el tribunal civil del domicilio del solicitante, en procedimiento breve y sumario, quien fallará conforme a la equidad.

Lo dispuesto en los incisos anteriores, es sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 61 y 61 bis.

¹² Artículo 71 D. Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción, adaptación, distribución, comunicación al público y puesta a disposición, que se realice sin interés comercial, de una obra lícitamente publicada a fin de garantizar el acceso por parte de discapacitados visuales, auditivos o de otra clase que, sin formatos especiales, no podrían acceder a la obra. Los ejemplares o copias obtenidas en ejercicio de esta facultad tendrán por única finalidad su utilización por personas discapacitadas, no pudiendo ser cedidas ni distribuidas a terceros con fines comerciales. En estos ejemplares se señalará expresamente la circunstancia de ser realizados bajo la excepción de este artículo e indicando la restricción de su distribución y puesta a disposición a personas que tengan la respectiva discapacidad.

discapacidades, en la medida que sea sin ánimo comercial, y para uso exclusivo de quienes sufren de discapacidades.

Explicó que para dimensionar la magnitud del problema que aqueja a quienes sufren de ceguera u otras discapacidades visuales, conforme datos proporcionados por la Asociación Mundial de Ciegos, menos del 5% de las obras publicadas están en estos formatos especiales.

Concluyó señalando que nuestra actual normativa ya establece altos estándares de protección a los derechos de autor, en cuanto a su reconocimiento y extensión, pero que, sin embargo, aún se tiene que avanzar mediante este proyecto para que las sanciones sean las apropiadas y más fácil la persecución de los delitos, y se protejan actividades legítimas y necesarias que requieren libertades especiales para la utilización de material sujeto a derechos de autor y conexos. Con ello se espera, dijo, que al final del día y con la colaboración de todos, se pueda decir que nuestra ley de derechos de autor y conexos, copiando las palabras de Santo Tomás, “da a cada uno lo suyo”, sea un autor profesional o un aficionado, un artista o un profesor, una empresa del entretenimiento o un bibliotecario.

DOÑA GABRIELA ORTÚZAR, DIRECTORA DE LA COMISIÓN DE BIBLIOTECAS DEL CONSEJO DE RECTORES DE UNIVERSIDADES CHILENAS.

Señaló que la Comisión de Directores de Bibliotecas valora y defiende los principios planteados por la Presidencia de la República en el proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y que dicen relación con la incorporación de un número determinado de excepciones y limitaciones dentro del marco legal de protección a los derechos de autor y conexos, en beneficio de ciertos sectores de la sociedad.

De la misma manera, dijo, la Comisión valora el esfuerzo de legislar sobre esta materia, dada la precariedad de la ley actualmente vigente, la cual no resguarda los principios fundamentales para el desarrollo de las personas, cuales son el acceso al conocimiento y la investigación científica, el derecho a la educación y el derecho de todos los chilenos al goce legítimo de los bienes culturales.

Puntualizó que esta iniciativa del Ejecutivo, viene a reforzar la posición del Gobierno de Chile en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde convocó a los países miembros respecto de las necesidades de contar con limitaciones adecuadas, aprender de los modelos exitosos y avanzar en el consenso de excepciones y limitaciones para fines de interés público que, como estándares mínimos, debieran ser contemplados en todas las legislaciones en beneficio de la comunidad internacional.

Nuestro país debe considerar la utilización de excepciones y limitaciones que los propios tratados internacionales otorgan a los países signatarios, en el sentido de permitir la definición de ciertas limitaciones al derecho de autor en sus legislaciones, toda vez que facilitar el acceso a la información, el conocimiento y nuevas tecnologías es fundamental para alcanzar la igualdad de condiciones que permitan participar activamente en la sociedad del conocimiento.

Agregó que en las legislaciones nacionales de derecho de autor, se establece tradicionalmente un equilibrio entre los intereses de los autores y demás titulares de derechos, en cuanto al control y la explotación de sus obras y el interés de la sociedad por la libre circulación de la información y la difusión del conocimiento. Se contemplan excepciones

explícitas para la reproducción de obras legítimamente adquiridas con fines de educación, investigación y conservación. Es el caso de legislaciones tales como las de Estados Unidos, Canadá, Australia, España y México, entre otras.

Las bibliotecas son el soporte a la docencia, la investigación y la cultura y son también un componente esencial para el aprendizaje, cumpliendo el rol de intermediario entre las necesidades de aprendizaje y conocimiento de las personas y las fuentes de información. En la consecución de este objetivo, las bibliotecas especialmente las universitarias, invierten en forma permanente recursos económicos para la adquisición y desarrollo de sus colecciones.

Sin embargo, acotó, el quehacer de las bibliotecas implica, eventualmente, actos de reproducción razonable de obras protegidas por el derecho de autor, para uso docente, de investigación y conservación. Para tal efecto se ha tomado como modelo en Chile las prácticas habituales de bibliotecas universitarias de países desarrollados, los cuales sí cuentan con legislaciones que acogen disposiciones especiales para estos efectos, conocidas como “fair use” o “fair dealing”.

La ampliación de excepciones y limitaciones al derecho de autor resulta trascendente para nuestro país, ya que incorpora dentro de la legalidad prácticas que satisfacen fines socialmente relevantes, de naturaleza académica, cultural y de investigación, que no son sino concreción de derechos reconocidos en diversos instrumentos internacionales.

No obstante este importante avance, este proyecto de ley es excluyente en el ámbito de las excepciones y limitaciones, al establecer la exigencia de “bibliotecas abiertas al público”, lo que deja en la ilegalidad el funcionamiento de todas las bibliotecas universitarias, así como también a las bibliotecas del sistema escolar en todos sus niveles, la Biblioteca del Congreso Nacional, entre otras. Esta situación es especialmente grave si se considera el aumento de penas que contempla el nuevo proyecto de ley.

Respecto de los artículos 71 K y 71 L señaló que estas disposiciones obstaculizan la funcionalidad de las bibliotecas, centros educacionales y de investigación, ya que prácticas habituales e inherentes a su quehacer, tales como el uso de obras legítimamente adquiridas, podrían ser objeto de sanciones penales y civiles. Se contradice, además, con las políticas de distribución de contenido de los proveedores internacionales de publicaciones, los que permiten a las universidades y bibliotecas especializadas la reproducción, distribución y el acceso simultáneo a los contenidos de información. Tal es el caso de las revistas impresas y electrónicas, las bases de datos y los libros electrónicos.

Si en los países desarrollados, como es el caso de Estados Unidos, el estándar definido como “uso justo” o razonable para la reproducción de obras es más amplio que el determinado en nuestro proyecto de ley, no se entiende que se impongan restricciones en la ley que impiden que nuestro país y la sociedad chilena obtengan igualdad de condiciones, para participar activamente en la sociedad del conocimiento, accediendo a los bienes culturales, del mismo modo que lo hacen otros ciudadanos del mundo.

Por último, dijo que la Comisión de Directores de Bibliotecas del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, solicita muy especialmente a los señores legisladores tomar en consideración lo anteriormente expuesto, estableciendo las limitaciones y excepciones al derecho de autor que consideren los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, tal como lo estipulan las legislaciones nacionales y los convenios internacionales.

DON RODRIGO BULNES. ABOGADO DE BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE Y REPRESENTANTE DE LA COMISIÓN NACIONAL ANTIPIRATERÍA.

Señaló que desde los albores de la informática se ha planteado a los legisladores el dilema de otorgar protección jurídica adecuada a este nuevo avance de la ciencia. En un primer momento, las regulaciones centraron su mayor interés en lo que se dio en denominar hardware, esto es, en el componente material de la computación; el computador. Nos referimos a los sesentas y setentas, donde los software o programas computacionales eran considerados sólo como un componente más de la máquina, como una parte más del computador, aquella que lo controlaba y le indicaba las tareas que debía realizar.

Mientras la industria del hardware estuvo ligada con la del software, acotó, no se creyó necesario el proveer a éste último de protección jurídica especial. El computador era el bien jurídico que merecía una tutela legal y su programa estaba protegido por el régimen legal de aquél. Durante esta misma época no hubo mayores inconvenientes para el legislador por cuanto la protección del hardware pudo insertarse fácilmente en las categorías jurídicas y normas legales existentes, siendo clasificable como una bien mueble y su tutela se dejó a la normativa propia de las patentes de invención (propiedad industrial).

Al final de la década de los 70, y en virtud de la importante baja de los costos experimentada por los componentes informáticos gracias a los procesos de miniaturización (procesadores de silicio), el elemento intelectual de la industria del software comenzó a ocupar el primer plano de la escena.

Dicho de otro modo, a propósito de la masificación en el uso de los computadores y su utilización para fines muy diversos, se produjo una creciente demanda de los programas de computación (operativos y de aplicación), comenzando el software a adquirir un valor independiente del hardware, empezando a requerir una protección jurídica.

A diferencia de lo que había ocurrido para la regulación del hardware, este nuevo objeto de derecho no fue tan sencillo de tutelar, desde que aparecía como parte de categorías jurídicas existentes, y presentaba como característica propia la de ser un objeto inmaterial o incorporeal.

En efecto, dijo, dada su particular naturaleza (intelectual, moral y económica) del software, no fue fácil encuadrarlo en las clásicas categorías jurídicas y en la normativa existente.

La singularidad del bien jurídico a proteger provocó que la doctrina y el derecho comparado señalaran una multiplicidad de posibles medios de tutela. Dentro de las distintas categorías normativas la que finalmente ha dado mejor respuesta a la necesidad de protección requerida por el software es la asociada a los derechos de autor.

Este es el régimen jurídico de protección adoptado por Chile y no encuentra resistencias en el panorama mundial. Ha sido también la vía de tutela jurídica adoptada por los países signatarios del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADIPC), conocidos como TRIPS, celebrados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT.

Explicó que la preferencia por este sistema de protección se justifica en diversas razones. Por un lado, se evita la dispersión legal por la creación de nuevos instrumentos jurídicos, eludiéndose la

inseguridad jurídica que provoca la introducción de nuevas normas hasta tanto se defina el sentido y alcance de las mismas. Igualmente, se garantiza la aplicación de un ordenamiento legal conocido. Las leyes y principios del copyright son bien conocidas a escala mundial. Por otro lado, se asegura la tutela internacional del programa ya que estará amparado tanto por la Convención de Berna, como por el ADIPC. En efecto, conforme al Convenio de Berna toda obra creada en un país es susceptible de recibir automáticamente idéntica protección en casi todos los países del mundo.

Finalmente, se da acabada protección a la forma o manifestación de la idea expresada en el programa tutelado, y no se monopoliza el fondo de la misma, el cual es patrimonio de toda la humanidad y por tanto su titularidad no puede ser otorgada con exclusividad a una persona.

En Chile el software encuentra protección específica y propia en la normativa sobre Derechos de autor. Cabe aclarar que la adopción de éste régimen legal, no importa decir que no existan otras medidas de tutela jurídica a las que se pueda acudir en nuestro ordenamiento.

Desde esta perspectiva, dijo, y siempre a través del Derecho de Autor, pueden distinguirse cuatro niveles en la protección de los programas de computación. Una primera que podríamos denominar protección constitucional, una segunda asociada a los tratados internacionales suscritos y ratificados por Chile, una simplemente legal de carácter general y, finalmente, una legislación especial. Es esta última la que el proyecto que nos convoca pretende perfeccionar.

En este primer nivel no encontramos un texto legal que expresamente refiera al software. Pero sin duda el artículo 19 N° 25 de la Constitución Política de la República que, como garantía constitucional, asegura la libertad de creación y difusión de las artes incluye dentro de su ámbito de protección a los derechos de autos asociados al software.

De acuerdo con la mencionada garantía constitucional, 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. Luego, 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.

Chile es parte de los principales tratados internacionales que se aplican en materia de derechos de autor y, por tanto, que expresa o implícitamente se refieren al software. A saber:

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en obras literarias, científicas y artísticas.

Convención Universal sobre Derecho de Autor.

Convención Internacional sobre protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los populares de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Convención de Roma).

Convenio de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas (Convenio de Berna).

Convenio para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas (Convenio Fonogramas).

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.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Tratado sobre el registro internacional de obras audiovisuales y su reglamento Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los Acuerdos Anexos que se indican.

Tratado de libre comercio entre el gobierno de la Republica de Chile y el gobierno de Canadá.

Tratado de Libre Comercio con México Convenio con México para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal.

Convenio con Canadá para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal Acuerdo de asociación entre la República de Chile, y la Comunidad Europea y sus Estados miembros.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).

Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF).

Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América.

Tratado de Libre Comercio con Corea.

Tratado de Libre Comercio con el Gobierno de la República Popular China.

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 rijan por leyes especiales.

La ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual (Publicada en el Diario Oficial N° 27.761, de 2 de Octubre de 1970), modificada en sucesivas oportunidades y su Reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 1.122 del Ministerio de Educación (Publicado en el Diario Oficial de 17 de Junio de 1971) otorgan una protección especial a todas las obras intelectuales, entre otras al software.

Pese a la protección de toda índole que la legislación nacional e internacional otorgan a los derechos de autor y al software, agregó, el fin perseguido se encuentra severamente afectado 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 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. 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.

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, entre otras, de los software. 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.

Los productos ilegalmente ofrecidos constituyen 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 ocupándolos con sus paños llenos de discos compactos 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.

Mediante el presente proyecto, agregó, el Ejecutivo pretende actualizar la regulación vigente en materias de derechos de autor y conexos, contemplando el establecimiento de medidas efectivas que garanticen un adecuado nivel protección al derecho de autor.

En lo que a ellos respecta, dijo, el capítulo de excepciones y limitaciones al derecho de autor y derechos conexos, incluye algunas excepciones particulares respecto al software y otras generales que requieren un detallado análisis.

Los comentarios y sugerencias pretenden ser constructivas y confían que ayuden a Chile entregar una adecuada protección al derecho de autor. Sugerimos que se elimine la mención a que “la adaptación o copia sea esencial para su uso de un computador determinado”. Una interpretación amplia de la norma permitiría copiar arbitrariamente los Software;

a) los “sistemas operativos” porque son esenciales para cualquier computador determinado;

b) los “software de producción” porque estos son esenciales para cualquier computador determinado de cualquier oficina, empresa o industria.

c) los “Software específicos” (para diseño, arquitectura, música, etc.) porque esos software son esenciales para cualquier computador determinado de cualquier persona especializada en un determinado oficio o profesión.

La frase que se quiere eliminar, se autoriza a hacerlo cuando la copia es esencial para su uso en un computador determinado, pero ello da pie para que la copia se haga indiscriminadamente, ya que pone la finalidad en el computador. De esa forma, cualquier programa es esencial para el computador de quien quiera usarlo, por lo que se permitiría siempre la copia.

Sugieren: que se inserte al comienzo del artículo la frase, “Salvo respecto de los software,”. Tal cual lo expone el Mensaje del

proyecto, uno de sus principales propósitos es cumplir con los compromisos internacionales de nuestro país, a propósito de los tratados de libre comercio suscritos con distintos países.

El Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos es particularmente explícito en una serie de temas asociados con el derecho de autor.

En lo que respecta a la reproducción o copia temporal, Chile y Estados Unidos se comprometieron a que en sus legislaciones nacionales quedara esta excepción o limitación al derecho de autor. Sin embargo, expresamente, acordaron que esa provisión podría establecerse para todas aquellas “obras que no sean programas computacionales” (pie de página 17.7(3) del Capítulo Diecisiete).

Respecto del artículo 71 R, sugieren que se elimine íntegramente el artículo o que, en su defecto, se reemplacen las palabras iniciales “Serán admisibles” por la frase “Sólo por ley se podrán establecer”.

La redacción que se incluye en el proyecto no cumple con un concepto normativo denominado los “Tres Pasos” incluido en el Convenio de Berna, acuerdo fundamental en materias de propiedad Intelectual, del cual Chile es miembro y, por tanto, igual como la Constitución, debe tenerse presente a la hora de legislar sobre derechos de autor.

El número 2) del Artículo 9 del Convenio de Berna, incluye la aludida regla de los tres pasos, señalando que: “Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales (1), con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal (2) de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor (3).”

La redacción original del Artículo 71 R olvida un elemento fundamental de la regla de los tres pasos, en cuanto a que son las legislaciones de los países que han suscrito el Convenio, las únicas llamadas a establecer excepciones al derecho de autor.

Conforme a lo anterior, en Chile son los legisladores, los llamados a revisar la regla de los tres pasos, al momento de redactar y/o aprobar una ley sobre derechos de autor.

La redacción original del Artículo 71 R está dejando a los jueces o a la Autoridad Administrativa la facultad de establecer nuevas excepciones al derecho de autor. Sugieren que se reemplace las palabras iniciales del artículo “Las infracciones” por la frase “Cada infracción” Adicionalmente sugieren incorporar una definición de infracción. En nuestro el concepto infracción debe asimilarse a copia, ejecución, reproducción.

Un claro concepto de infracción será también ayudaría a aclarar el texto del artículo 85 L.

Sugieren que en el numeral 3 se reemplace la palabra “mínimo” por “medio”. Estimamos que la gravedad de la infracción que se pretende sancionar en el numeral 3., amerita una graduación mayor de la pena.

El numeral 2 en relación al numeral 1 del mismo artículo 79, establece una mayor pena privativa de libertad y una mayor sanción económica, a propósito de que la infracción del numeral 2 es más grave que la del numeral 1.

Luego, siguiendo la lógica de los numerales 1. y 2., estiman necesario que el numeral 3 incorpore, junto con una mayor sanción pecuniaria, una pena privativa de libertad de grado mayor. Sugerimos

que se elimine la frase “de interpretaciones, de fonogramas o videogramas,”. Consideramos que con la eliminación sugerida se simplifica la redacción del artículo, lográndose una mayor claridad del mismo.

La redacción original incluye correctamente el concepto genérico de “obras” y luego individualiza de manera particular sólo algunos tipos de obras que son objeto de protección de esta ley.

Estiman que con la exclusiva utilización del vocablo “obras”, quedan comprendidas todos los tipos de obras protegidas por la ley y no parece necesario incluir la individualización de algunos tipos de obras, omitiendo muchas otras. Dicho de otro modo, la incompleta enumeración de obras protegidas. Además de innecesaria puede provocar interpretaciones erróneas, pudiendo un juez entender no incluidas dentro de la protección de esta norma algunas obras protegidas debido a propósito de no estar incluida en la enumeración del artículo.

Nuevamente queda de manifiesto la necesidad de incorporar el concepto de una definición de infracción. En nuestro el concepto infracción debe asimilarse a copia, ejecución, reproducción. Un claro concepto de infracción será también ayudaría a aclarar el texto del artículo 85 L.

DON PAULO SLACHEVSKY, DIRECTOR GENERAL DE EDITORES DE CHILE.

Señaló que el quehacer editorial y las industrias culturales están justamente en la encrucijada de la compleja y difícil relación entre cultura y mercado. A lo menos 10 características que Peter Grant y Chris Wood señalan en el libro “el mercado de las estrellas”, “demuestran ampliamente cómo los productos culturales se distinguen de los objetos usuales” y que dan lugar a “la curiosa economía de esta industria”, como señalara The Economist.

Entre estas diferencias destacan las que apuntan a: la naturaleza del producto, la naturaleza del proceso de producción, la naturaleza del consumo: En los productos tradicionales, explicó, cada unidad al ser consumida no está disponible para otros. Mientras que en el caso de los productos culturales, la propiedad intelectual original no es consumida, y puede estar disponible al infinito, teniendo características de lo que se denomina en economía bien público. Todas estas marcan “la incapacidad del mercado para jugar su papel: procurar los mejores resultados posibles al mayor número de participantes, o como dirían los economistas, maximizar el bienestar colectivo”.

Y uno de los principales efectos del dominio de lógicas comerciales en esta “curiosa economía” es la enorme concentración en las industrias culturales, a nivel horizontal y vertical, es decir que unas pocas “majors” controlan parte importante del “mercado” cultural.

En la fuerte tensión entre los sentidos culturales y comerciales que atraviesan las industrias culturales, sin duda juega un rol central –como uno de sus engranajes fundamentales- la propiedad intelectual y los derechos de autor, los que a su vez reproducen esa tensión que se mueve entre los extremos de un péndulo espejo al de las industrias culturales: por un lado los derechos económicos del creador -hoy día más bien del titular, no es siempre lo mismo-, y los derechos de acceso al conocimiento, por el otro. La vertiginosa concentración en esta industria está relacionada, entre otros, con que estos derechos perdieron el equilibrio que los vio nacer y desarrollarse durante dos siglos, dominando hoy fuertemente el carácter

comercial y los sentidos de propiedad, lo que se hace explícito al ser este tema absorbido por la Organización Mundial de Comercio y los tratados internacionales de libre comercio. El mismo Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2000/7) insiste sobre “las contradicciones aparentes entre el régimen de derechos de propiedad intelectual consagrados en el acuerdo sobre los ADPIC, por una parte, y el derecho internacional relativo a los derechos humanos, por otra”; recordando a los gobiernos “la primacía de las obligaciones en relación con los derechos humanos sobre las políticas y acuerdos económicos”, pidiendo expresamente que los Estados miembros de Naciones Unidas, “protejan la función social de la propiedad intelectual” recomendación que es sin duda importante para los países de Sur. Y esto es tan válido para la industria farmacéutica como para la cultura. El derecho a la vida, como el derecho a la cultura y a la libertad de expresión están por sobre los intereses económicos y comerciales.

A diferencia de la producción industrial clásica y a similitud de la industria del software y la farmacéutica, el carácter único de cada obra y los derechos de autor -como señalan Grant y Word- permiten una fijación arbitraria del precio por parte del productor, pudiendo estos dividir infinitamente los mercados con el fin de maximizar las ganancias. No hay sustituto. Así, por ejemplo, nos encontramos con productos como los programas y sistemas de Microsoft, cuya reproducción industrial llega a niveles records y pese a ello siguen teniendo valores muy elevados, u obras como “2666” de Roberto Bolaño, que en Argentina se vende a US\$23, en Santiago cuesta US\$50 y en Madrid, US\$44. En Argentina editan localmente, con derechos sólo para Argentina y a veces Uruguay; a Chile lo traen desde España. Decide el titular y poco cuentan los derechos del ciudadano de acceder a un mismo producto a un valor similar. Y menos aun se tiene en consideración que el precio de estos productos en los países del sur tenga relación con los ingresos promedio de la población.

Pero el problema va más allá que el tema del precio. La creación, y más aun la investigación, se nutren de creaciones previas, y para poder crear se requiere cierta libertad de tomar, de apropiarse. Las legislaciones de derechos de autor deben velar por los derechos del creador no sólo como pasado, como algo estático, ya creado, sino también en su posibilidad de ser semilla de nuevas creaciones. La excesiva extensión de estos derechos es uno de los problemas. El jurista norteamericano Richard Postner señala: “Si el derecho de autor fuera perpetuo, James Joyce o su editor se hubieran visto en un litigio con los herederos de Homero por haberse basado en La Odisea.. Si las patentes fueran perpetuas, los herederos de Leonardo da Vinci seguramente en este momento se estarían litigando por derechos sobre tecnología básica de aviación”. Así también la parodia, el collage, o una recreación como Homero, Ilíada de Alessandro Baricco, podría ser sancionada.

Estamos ante un tema complejo; limitar excesivamente el acceso entorpece el desarrollo científico y creativo, y al otro extremo, no tener un marco regulatorio limita los justos derechos de los creadores.

Tres años atrás, prosiguió, frente a la propuesta anterior de modificación a esta ley, 15 asociaciones profesionales de la cultura solicitamos al Gobierno que “en las nuevas legislaciones en materia de propiedad intelectual, se persevere en el espíritu que generó las regulaciones de derechos de propiedad intelectual a nivel mundial y nacional, que no es otro que el principio, consagrado en la Declaración de los Derechos Humanos, del reconocimiento a los creadores y del acceso universal a las obras artísticas, impidiendo transformar el derecho de autor en un simple derecho de copia, como ocurre en las naciones que aplican el sistema del “copyright”, el que no tiene un carácter cultural sino industrial, buscando el equilibrio entre el

derecho a propiedad y los derechos del ciudadano a gozar de las artes y participar del progreso científico. Llamando finalmente la atención de que “la discusión sobre la propiedad intelectual no puede limitarse solo al aspecto punitivo, sino que debe significar un desarrollo armónico de las facultades de los autores en beneficio de la comunidad toda. Nos alegra en tal sentido que ese espíritu prime en esta propuesta.

En este contexto de fuerte concentración en las industrias culturales, impulsado por el dominio de las lógicas de mercado sobre la producción cultural y favorecido por legislaciones en propiedad intelectual que multiplican la amplitud y vigencia de los derechos del titular, el elaborar legislaciones que favorezcan un marco sustentable para el desarrollo de estas industrias en cada nación es, sin duda, un tema central para que seamos partícipes de la construcción de un mundo multipolar, más justo y humano; donde no quedemos relegados a ser meros consumidores de la creación de las culturas dominantes, perdiendo todos los sellos identitarios, los que son fundamentales para poder internalizar y apropiarse bien de los cambios y aportes de otras culturas. En este campo están en juego los sentidos mismos de nación, como también de ciudadanía y construcción democrática.

Aquí también está en juego la riqueza de las naciones. Al hablar de industrias culturales no podemos obviar que estamos en un campo cuyo peso económico mundial, según un informe de UNESCO, se estima en 1,3 billones de dólares, logrando una acelerada expansión en estas últimas décadas: entre 1994 y 2002 el comercio internacional de bienes culturales pasó de 38.000 millones de dólares a 60.000 millones. Ad portas de la sociedad del conocimiento, quedar como simple exportador de materia prima impide salir del subdesarrollo.

Por lo demás, dijo, estamos hablando de modos de vida, de ideas, de historias, relatos y culturas. Son claros los efectos sobre nuestros cotidianos cuando en ese campo dominan solo unas pocas voces. Son evidentes los peligros para el futuro cuando hay una hegemonía a nivel mundial en la producción y difusión del pensamiento y modos de ver.

Creen en tal sentido que esta propuesta en sus lineamientos generales resguarda ese equilibrio, prestando atención y velando por el respeto de los diversos derechos que están en cuestión. Un claro ejemplo es la norma 71R impide hacer de la ley una camisa de fuerza. Sin embargo, en una mirada preliminar, hay algunos aspectos que les parecen preocupantes y consideran que cabe modificar:

1.- Artículo 71D: Dispone la excepción general de uso para discapacitados. Creen necesario apuntar a la necesidad de que se indique en forma clara que esta excepción sólo se aplicará para efectos de ejemplares legítimamente adquiridos, para que de esta manera no se fomente la reproducción ni circulación de ejemplares fraudulentos.

2.- Artículo 71J y siguientes: Parece necesario hacer la misma prevención en torno al goce de la excepción sólo cuando estamos frente a un ejemplar legítimo.

3.- Artículo 71J.a: En esta disposición se establece una excepción para bibliotecas de hacer reproducciones de obras para efectos de preservación, siempre que se encuentren en su colección permanente. Sería interesante especificar el concepto, en cuanto a establecer en qué consisten dichas colecciones, estableciendo tal vez un número mínimo de obras originales para obtener dicho beneficio legal y de esta forma no legalizar un sistema de fotocopiado. Nos parece fundamental evitar el reemplazo del libro por la fotocopia. Entendemos que en casos determinados estas son necesarias, y que se requiere excepciones para que su uso no constituya un delito, pero también cabe velar por multiplicar la presencia de

libros en nuestra sociedad, y cuidar de que esta práctica no termine reemplazando al libro en el ámbito universitario, impidiendo además el desarrollo de la producción editorial local.

4.- Artículo 71k y 71n. Ambos puntos les parecen complejos, particularmente el segundo. La lectura y el libro están en la base de la educación y formación de sujetos capaces de participar en la globalización. Numerosos estudios demuestran que la tecnología es un buen complemento, pero la base la constituye la comprensión lectora. Nuestro país adolece de graves deficiencias al respecto y es urgente potenciar la implementación de medidas como las propuestas en la Política Nacional del Libro y la Lectura que ayuden a reponer el libro al centro del proceso educacional. No podemos negar que hoy está bastante ausente del debate de la educación y de la formación universitaria. En esta última prima la fotocopia de segmentos de obras, haciendo de la lectura una práctica meramente funcional para preparar un examen. Difícilmente así formaremos profesionales capaces de generar conocimiento, de innovar. No basta con la información, con reproducir la creación de otros, es urgente generar el movimiento necesario alrededor del libro y la lectura que permita generar pensamiento, nuevas ideas. Y para ello es necesario volver a vincular a los estudiantes con los libros, con obras íntegras. La reprografía es un tema mucho más complejo que la piratería, afecta no solo a 20 ó 30 títulos (los *best sellers*), sino casi a toda la producción editorial y particularmente al libro universitario, de ciencias humanas, que es en general de baja tirada, impidiendo su sustentabilidad.

Es claro que en algunos ámbitos es necesaria la fotocopia, pero en nuestro país se ha llegado a extremos en su uso, tendiendo a la desaparición de la relación estudiantes / libros. No puede esta modificación de la ley incrementar y legalizar este estado de la situación. Creemos por ello que es necesario modificar estos artículos buscando otra solución legal a esta problemática. Especificar los casos en que se requiere la fotocopia como excepciones y no como la regla en el proceso educacional. Consideramos que si bien esto es importante a nivel económico, lo es aun más a nivel cultural y educacional. Por último, el argumento de que los libros son caros puede subsanarse con fórmulas que potencien la producción nacional. El libro universitario hoy es caro pues domina en este ámbito el libro importado, el libro chileno no es inasequible, \$ 6.893 precio público promedio con IVA incluido, según un estudio realizado por la Asociación de Editores de Chile con base al catálogo vivo de 22 editoriales, similar en su precio público neto al valor de un libro de bolsillo en los países del norte. Es necesario limitar esta práctica y en los casos necesarios que se pague un canon. Las excepciones deberían ser sólo para los colegios públicos.

5.- Artículo 71ñ. Creen que en este punto es necesaria una mayor precisión, aludiéndose explícitamente a libros de texto escolar tradicional, pues puede abusarse de este derecho autorizándose la producción para escuelas y universidades de obras antológicas similares a los pack de fotocopias y antologías varias. No hay que olvidar que en muchos casos la educación se ha transformado en un negocio, siendo injusto que no inviertan en la base del saber, como son los libros, y que no dispongan de buenas bibliotecas para sus alumnos.

6.- Artículo 79. Les parece que es fundamental enfrentar el mal de la piratería, pero no por ello caigamos en un mal mayor, entre los cuales estaría considerar a casi todos los ciudadanos como delincuentes, con riesgo de elevadísimas penas por lo demás. Tener un libro, un disco, un software no autorizado, no puede constituirse en un delito.

Por lo demás, al tratar todo en conjunto: libros, música, software, se discrimina favorablemente al software, al cual se le confiere un plus de protección. Cuando se divide las infracciones entre inferiores a 4 UTM, entre 4 y 40 UTM y las que superan las 40 UTM como las

más graves, en el caso del libro y la música, para las dos últimas, se hace frente a quienes lucran con éstas, pues deben tener para llegar a esos valores, cantidades sustanciales de obras no autorizadas. Sin embargo, por el alto valor de los softwares, basta tener uno o dos programas para superar en muchos casos la pena máxima. Es decir que en el caso de los software no son solo quienes venden software piratas los que caen en el nivel más grave de la pena, sino también los usuarios y probablemente casi todas las Pymes. Es básico diferenciar o a lo menos especificar las categorías de las infracciones según el tipo de producto para que sean equitativas.

Por lo demás, dijo, se produce en general una injusticia al abordar las excepciones en el caso del software. Estos se estarían beneficiando de una legislación que tiene un claro sello cultural, que nace con limitaciones que son coherentes en la búsqueda del equilibrio, pero que no son válidas para éste. ¿De qué sirve un programa 70 años después de creado aparte de ser una pieza de museo? La concentración y la riqueza de las empresas productoras de estos programas es impresionante y esta ley les da más poder sobre los ciudadanos, las Pymes e instituciones. No exageremos. Que las excepciones hechas a la medida del libro se adapten también a la medida de estos productos. No puede la ley promover que el acceso a estos alfabetos de la modernidad sean aun más inasequibles por su precio, ya que mientras más caros más protegidos estarán. Hay que promover la posibilidad de que todos puedan acceder a ellos y para eso cabe equilibrar la ley, proteger, pero también promover limitaciones como es el caso con el libro. Por lo demás, es urgente que como país se eduque y se promueva en el uso de software libres, de código abierto, para hacer consistente en el tiempo la apuesta por el desarrollo tecnológico sin incrementar la brecha social. Es necesario que en dependencias del Estado, en la educación, y particularmente para las Pymes, se capacite en el uso de programas y sistemas a los que después todos los ciudadanos puedan acceder. Nos parece contradictorio que el Estado por un lado promueva el uso de software como es el caso de los sistema de Microsoft en bibliotecas y dependencias públicas cuya costo es de hecho inasequible para parte importante de la población, y por el otro castigue tan fuertemente su mal uso por parte de los mismos usuarios.

Quizás parece conveniente que para efectos de sistematización y justicia se incluyan todas las normas referentes al software en un título aparte de la ley, de manera tal de allí contener tanto las definiciones, plazos de protección, excepciones y limitaciones específicos, aplicables únicamente a los programas de computador, y obtener así una norma que sirva en todos los supuestos y tenga un tratamiento equilibrado, equivalente y justo con cada uno, con penas elevadas para quienes comercializan copias ilegales, pero solo multas para los usuarios de estas, similares por ejemplo en sus niveles a las que aplica la Dirección del Trabajo a las empresas que infringen el derecho laboral. No es justo que las penas a usuarios que infrinjan normas sobre propiedad intelectual sean superiores a las que arriesgan las empresas que infringen el derecho de los trabajadores.

Estamos ante una ley que está a la base de la creación y producción de los bienes y servicios culturales, y como lo señala la Convención para la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales recientemente ratificada por nuestro país y que entró en vigencia el pasado 18 de marzo, estos bienes y servicios no pueden ser tratados como simples mercancías. Por ello es tan importante ver esta ley más allá de sus implicancias comerciales y judiciales.

Como señala Don DeLillo en Contrapunto, refiriéndose a las grabaciones de Bach por Glenn Gould que van en el Voyager I, nave que bordea la última frontera del sistema solar, "somos seres inteligentes, versados en matemáticas y capaces de organizar una secuencia

coherente de sonidos en el tiempo, para crear una composición unificada, llamada música, una forma de arte cuya verdad, oficio, originalidad, y otras indecibles propiedades proporcionan una cualidad de placer trascendente, llamada belleza, a la mente y los sentidos de quien escucha".

Para hacer florecer esas bellezas, hacerlas experiencia de muchos, es necesario que en nuestro país multipliquemos las políticas públicas y regulaciones que atiendan a los diversos sentidos de este quehacer cuidar y ayuden a multiplicar estas extrañas flores de la creación sin que terminemos por hacer realidad el dicho de los cuidados del sacristán.

DOÑA CLAUDIA CUEVAS, PRESIDENTA DEL COLEGIO DE BIBLIOTECARIOS DE CHILE A.G.

Expresó que comparte el deseo de estimular y proteger las creaciones; proteger los intereses morales y materiales de autores y creadores; la necesidad justa e imperativa de asegurar el acceso de la población a dichas creaciones. Todo, en un sistema equilibrado que resguarde los intereses de los distintos sectores y actores involucrados, asegurando una regulación balanceada que proteja tanto a propietarios y usuarios de la información, resguardando así el interés público.

Destacó que las bibliotecas por siglos han resguardado el acceso al conocimiento a través de la conservación, preservación y difusión del pensamiento, la cultura y la información, patrimonio y base del desarrollo de la Sociedad. Son las promotoras del desarrollo cultural, la educación, la investigación, la innovación y el aprendizaje continuo de un país, salvaguardando los valores democráticos y los derechos civiles universales, esenciales para el desarrollo de una Sociedad en igualdad, libertad, prosperidad, justicia y felicidad.

Enfatizó que las bibliotecas representan, en su esencia más profunda, el equilibrio en sí mismo, dado que, congregan en su seno tanto a los propios creadores y autores (y por inclusión, la industria editorial) como a los lectores. Todos, conviven y se nutren formando parte activa del ciclo de creación, lectura y re-creación constante; propiciando de manera natural que futuros lectores, consumidores de información, asuman el rol de creadores, autores y/o productores de la propiedad intelectual.

Reconoció a las bibliotecas como agentes de cambio, educación y promotores de buenas prácticas, por cuanto, informando y reforzando a los usuarios sobre el debido ejercicio de sus derechos y deberes, propendemos a la formación de ciudadanos con un rol activo en la construcción de una sociedad más justa, respetuosa, desarrollada y culta. Rechazó la violación del derecho de propiedad intelectual, el perjuicio patrimonial de la industria y la evasión tributaria, reiterando el necesario equilibrio de protección de los derechos de autor y conexos con el acceso legítimo por parte de la comunidad a las creaciones artísticas e intelectuales.

El Colegio valora y ratifica el espíritu del proyecto, dijo, porque recoge el equilibrio de intereses y concesiones recíprocas que busca proteger tanto los derechos de autores y creadores, como la defensa del interés público a través de la garantía del acceso a los bienes culturales y el ejercicio de derechos fundamentales por parte de la ciudadanía. Acoge el respaldo y seguridad jurídica brindada al desarrollo del quehacer cotidiano de las bibliotecas y de los bibliotecarios profesionales que laboran en ellas. Respalda y hace suyas las excepciones y limitaciones propuestas y las excepciones de ciertos usos legítimos no comerciales. Declara la necesidad de introducir ciertas modificaciones en pro de un mayor

equilibrio y en defensa del interés público, por cuanto, los consumidores de información, los usuarios, son ciudadanos a quienes estamos llamados a proteger y cautelar.

El Colegio propone, continuó, excepciones para bibliotecas y archivos, eliminar la exclusión de las limitaciones y excepciones aplicadas a todas las bibliotecas de acceso restringido o condicionado, por cuanto, dejarían en la ilegalidad a un sinnúmero de bibliotecas de interés público y sin fines de lucro, constituidas como actores relevantes y motores fundamentales del desarrollo económico, político y/o social del país, tales como: bibliotecas escolares; bibliotecas universitarias; bibliotecas de corporaciones, fundaciones y centros educacionales sin fines de lucro; bibliotecas de acceso específico o restringido, como es el caso, de PROCHILE, SERCOTEC, Fundación Chile, Corte Suprema, Biblioteca del Congreso Nacional, entre otras instituciones fundamentales para el desarrollo del país. Ampliar la aplicación de la ley hacia instituciones sin fines de lucro que se encuentran implícitas dentro de dicha conceptualización, tales como: hemerotecas (colección de revistas y publicaciones periódicas); centros de información; centros de documentación audiovisuales; bibliotecas anexas a: colegios, universidades, corporaciones, fundaciones y centros educacionales; instituciones gubernamentales; museos; ONG's y otras bibliotecas anexas a instituciones especializadas sin fines de lucro y de interés público. Modificar la definición en orden a esclarecer quiénes son los beneficiarios de la limitación de responsabilidad establecida en ley, puesto que, con una definición como la propuesta, tanto consumidores como bibliotecas y archivos podrían verse sujetos a una regulación que, en principio, está orientada para los grandes prestadores de servicios de Internet y no, para particulares e instituciones como las antes señaladas. Por último, dijo, en cuanto a excepciones distintas a las prescritas en la ley [71R], reforzar su existencia en casos especiales y justificados, que no atenten contra el derecho de autor ni contra la normal distribución de la obra ni causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Respecto de la regla de los tres pasos, acotó que el Colegio acoge todo lo precedente, ya tiene por objeto resguardar y cautelar que todas las bibliotecas sin fines de lucro –en su conceptualización más amplia (incisos 1º y 2º del punto III)- estén operando y trabajando bajo el amparo de la ley y en apego irrestricto de la normativa legal vigente, respetando y replicando las debidas prácticas que protegen los derechos de autor y los intereses de la ciudadanía, evitando que no se conviertan en infractoras de la ley.

Las propuestas aquí planteadas, dijo, se asimilan a estándares, normas y prácticas internacionales, propuestas que no sobrepasan ni perjudican los intereses de los creadores y autores, tampoco de modo alguno los de la industria editorial ni los de la ciudadanía. Finalmente, enfatizó el doble rol que le cabe a las bibliotecas que, albergan simultáneamente tanto a creadores y autores, a la industria editorial y a los lectores, éstos últimos eventuales futuros productores; conviviendo y nutriéndose todos del incesante ciclo de creación, lectura y re-creación. En tal sentido, las bibliotecas sin fines de lucro buscan proteger y cautelar los intereses de todos los actores.

DON EDUARDO CASTILLO, PRESIDENTE DE LA CÁMARA CHILENA DEL LIBRO.

Expresó que la institución ha trabajado desde su fundación en 1950, por la defensa y promoción de los derechos de autor en

Chile como pilar de su quehacer gremial en todos estos años. Destacando la importancia que tiene la creación de valor, en torno a los derechos morales y de legítima retribución inherentes a la creación intelectual.

La ausencia de una modificación de la ley, relacionada con hacer más efectiva la norma para combatir los delitos que conlleva la piratería, ha lesionado gravemente a los creadores y a la industria editorial chilena en todos estos años, poniendo en jaque un capital que al país le ha costado mucho construir.

Por ello, dijo, valoran especialmente que el Gobierno haya decidido reponer en el Congreso una iniciativa destinada a legislar sobre propiedad intelectual con el propósito de modernizar la actual normativa sobre la materia y de adecuar medidas más efectivas para combatir la piratería.

No obstante lo anterior, agregó, quieren expresar muy claramente que de la lectura detallada del proyecto, debemos concluir que resulta un retroceso para el país en su conjunto, parte de las excepciones y limitaciones sobre el derecho de autor que el proyecto contiene, de aprobarse tal como están expresadas. Un retroceso en lo que se refiere a la debida protección del derecho de autor y de los derechos conexos y, por ende, un retroceso que deriva en un perjuicio no sólo en nuestro caso para escritores y la industria editorial sino, como es lógico, con negativas consecuencias para la comunidad en general.

En esta perspectiva, acotó, quieren comprometer nuestros mejores esfuerzos para colaborar en la tramitación y debate de este proyecto, con el objeto de reafirmar todo lo positivo que en él se expresa y de aportar argumentos más que suficientes a los señores diputados, miembros de estas comisiones, para remover o modificar aquellos artículos que a nuestro juicio no apuntan en la dirección que corresponde.

Expresó que concuerdan con la existencia de algunas excepciones o limitaciones al derecho de autor que en conjunto con adecuadas normas de protección dan como resultado una legislación armoniosa y equilibrada.

Sin embargo, ellas deben responder a su esencia y por tanto representar efectivamente excepciones de plena justificación para el bien buscado, ser acotadas y muy precisas, para que cumplan con el propósito de ser normas que enriquezcan la ley y los fines que se persiguen. Y es aquí donde nos parece que no debemos extremar una idea que se ha instalado en ciertos sectores, donde se confunde la necesidad de facilitar y fomentar el acceso al libro y bienes culturales con la desprotección de los derechos de autor como herramienta. Esto corresponde a una falsa querrella. Nadie debe equivocarse sobre nuestra posición en este sentido, ya que consideramos indispensable facilitar el acceso, al libro en este caso, pero a la vez creemos que ello no tiene por qué ser financiado por parte de los escritores y editores. Ello corresponde a una tarea de la sociedad en su conjunto, vale decir al Estado que formamos todos, quien debe impulsar políticas públicas de exención de tributos, de subsidios directos, de fuerte inversión en bibliotecas, entre muchas otras medidas que buscan favorecer el acceso sin mermar los justos de derechos de los creadores.

Conforme se deduce del Mensaje Presidencial las razones que motivan el proyecto son: (1) la necesidad de adecuar las normas internas a los Tratados internacionales suscritos por Chile, en forma especial, al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y a los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos con Estados Unidos, la Unión Europea y México, y (2) la necesidad de modernizar las herramientas de observancia, para que

permitan a los titulares de estos derechos luchar contra la piratería de las obras y producciones protegidas.

Al respecto es preciso señalar, dijo, que en noviembre de 2003 la ley de Propiedad Intelectual (LPI) fue objeto de dos importantes modificaciones, fundadas precisamente en la necesidad de adecuar la ley nacional a los ADPIC, la primera, y al TLC con EEUU, la segunda.

Con todo, es necesario recordar que sólo el TLC con EEUU establece la obligación de adecuación progresiva de las legislaciones internas de los países vinculados a dicho pacto y no de todas las materias en él convenidas, si no sólo las aludidas en el numeral 2 del artículo 17,12, y que se refieren a copias temporales (2 años); observancia (incluidas las medidas en frontera) y derecho de comunicación pública y transmisiones digitales interactivas para los artistas y productores (4 años), sobre medidas tecnológicas efectivas (5 años).

De la sola lectura de las disposiciones propuestas en el proyecto, añadió, se advierte que muchas de las disposiciones en él contenidas no se vinculan a los Acuerdos internacionales señalados como fundamento de la iniciativa, como tampoco tienen inspiración en establecer herramientas para una efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual.

Explicó que, conforme a lo dispuesto en los numerales 4) y 6) del artículo 1º, el proyecto propone sustituir los actuales Párrafos III (artículos 38 a 45bis) y IV (artículos 46 y 47) del Capítulo V del Título I de la LPI., que llevan por rúbrica “Excepciones a las normas anteriores” y “Excepciones al derecho de autor” respectivamente, por un nuevo Título III de la ley que llevaría por nombre “Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos”.

(1) Respecto del cambio de ubicación de las normas, no parece oportuno, a menos que se reconozca expresamente que en ningún caso las normas sobre excepciones deben interpretarse en un sentido que afecten al derecho moral del autor, en su esencia ni en su ejercicio. Tal observación podría subsanarse simplemente mediante la incorporación de un artículo, al final del Título II de la LPI, que posea una redacción similar a la prevista en el artículo 71 A del proyecto, en cuanto a que prescriba que las excepciones establecidas para el derecho de autor también podrán ser aplicables a los derechos conexos, en la medida que sean procedentes, manteniendo así la actual estructura de la LPI, evitando interpretaciones no deseadas.

(2) Respecto de la naturaleza específica de los derechos que se pretende limitar, el derecho de autor, así como la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas, han sido consagradas como una garantía constitucional en favor de los creadores intelectuales en nuestra Constitución. Desde esta perspectiva, el contenido normativo de la ley sobre Propiedad Intelectual, debe ser interpretado a la luz de las disposiciones constitucionales que consagran la propiedad. En consecuencia, la propiedad intelectual es un derecho esencial e inviolable, que cede taxativamente ante causales precisas que reconocen la función social de la propiedad en general, admitiendo limitaciones y excepciones, en ciertos casos especiales, a fin de satisfacer un interés público comprometido. En este sentido, toda excepción debe satisfacer las exigencias y restricciones que se derivan de la naturaleza de los derechos que se pretenden afectar. De este modo, una excepción o limitación que garantice al titular del derecho una remuneración por tales utilidades no autorizadas, resulta más razonable, pues junto con admitir el libre uso de terceros, en ciertos casos especiales y claramente determinados,

mitiga también los efectos que produce el privar a los autores de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sobre su creación intelectual.

(3) Respecto de las motivaciones y denominación, si bien en casi todos los convenios internacionales se pueden encontrar ejemplos de limitaciones y excepciones, en la mayoría de los casos no se trata de disposiciones imperativas sino cuestiones que en definitiva quedan entregadas a la regulación de las legislaciones nacionales, respetando los límites estrictos dados por las propias disposiciones internacionales, teniendo especialmente en cuenta el objeto y fin del mismo. El concepto más utilizado para justificar una medida de excepción es el “interés público”, el que presenta una grave dificultad de interpretación.

Un análisis más profundo necesariamente obliga a especificar claramente la naturaleza y el alcance del interés público invocado, no sólo en aras de la transparencia de la discusión, sino principalmente en función de la aplicación de lo señalado en el inciso 2º del número 24 del artículo 19, de la Constitución, que reconoce como límites de la propiedad en general y la propiedad intelectual en particular, la protección de la salud pública, la observancia de la ley, o razones de seguridad nacional. En este sentido, no cualquier interés público califica como fundamento plausible de una excepción si no viene precedido de una verdadera justificación.

(1) En cuanto a excepciones consagradas:

Citas e ilustraciones.

Artículo 71 B.-

La norma propuesta se refiere a las citas tomadas de una obra ajena para ilustrar el contenido de una idea expresada en una obra propia, acto que ha sido considerado universalmente como una excepción admitida. Dicha excepción se encuentra actualmente reconocida en nuestro ordenamiento jurídico interno, en el artículo 38 de la LPI. La definición de cita pone el acento sobre el hecho que se trata de un acto de reproducción parcial de una obra en forma idéntica, que realiza una persona para incluir pasajes de una obra ajena con fines de crítica o ilustración, o con fines docentes o de investigación. El artículo 30 de la LPI subordina la legalidad de las citas con la condición de que se “mencionen su fuente, título y autor”.

Es parte de la esencia de la cita el ilustrar el propósito de una segunda obra y ello se justifica en la medida por el carácter crítico, pedagógico, científico o de información de la obra a la cual ella es incorporada. La disposición propuesta en el proyecto, al no utilizar la expresión “cita” ni señalar que la reproducción fragmentaria autorizada debe hacerse “dentro de otra obra”, confiere a la norma un alcance desmedido, que desnaturaliza la excepción, pues permite interpretar que es admisible cualquier acto de reproducción. En este sentido, la norma se aparta en forma excesiva de lo que la doctrina, la jurisprudencia, las legislaciones nacionales y los tratados internacionales entienden por una cita lícita, debiéndose por ello acotar a su verdadero sentido y a un alcance justo.

Artículo 71 C.

Esta disposición libera de la autorización del autor la reproducción de obras gráficas y plásticas con fines de crítica, reseña, ilustración, enseñanza o investigación, reponiendo el derogado artículo 39 LPI, suprimido en 1992, por la ley 19.166. El voto de mayoría del legislador en aquel momento se fundó en la consideración de no estimar legítimo imponer a estos autores (los fotógrafos) la obligación de actuar como verdaderos coadyuvantes de la función educacional, ya que los profesionales deben ejercer libremente su profesión, y, consecuentemente, cobrar por sus servicios. La finalidad fue eliminar el libre aprovechamiento de la obra de una persona, aun a pretexto de su uso didáctico o científico. En efecto, siendo las

citando una reproducción de un pasaje de obra, ello sugiere, en principio, su no aplicación a las obras gráficas, fotográficas y plásticas, en el entendido que una reproducción parcial de las mismas atentaría contra el derecho moral del autor y si ésta es reproducida íntegramente ya no se trata de una cita. En la norma propuesta, no se menciona que la reproducción debe hacerse dentro de una obra de carácter científico o didáctico, con lo cual admite una interpretación desmedida.

Por otra parte, la norma indica el hecho de hacerlo con fines de “ilustración”. La palabra ilustrar tiene varias acepciones, entre éstas, dar luz al entendimiento; aclarar un punto o materia con palabras imágenes, o de otro modo; adornar un impreso con laminas o grabados. Esta acepción tiene un alcance coincidente con una de las actividades patrimoniales más importantes de los autores de imágenes fijas, por tanto esta forma de utilización no puede quedar excluida del control del autor, pues está en la razón de ser de la obra. En este sentido, dado que el objeto de la excepción se refiere a ilustración como la aclaración de un punto o materia, se sugiere eliminar la expresión “ilustración”, o sustituirla por “explicación”.

La norma contempla como exigencia, la no concurrencia de un “interés comercial”, incorporando un elemento subjetivo en la tipología de la excepción que permitirá, excluir de la autorización y remuneración del autor actos de utilización de obras que se efectúen con evidente ánimo de lucro. De acuerdo a lo anterior, la norma propuesta no posee una delimitación adecuada, apartándose de su propósito, el cual no es generalmente admitido como una razón suficiente para limitar los derechos de los autores de estas obras, tal como lo estimó el legislador en el año 1992.

Artículo 71 Ñ.

La disposición habilita la inclusión libre y gratuita de obras “cortas” en obras didácticas, bajo las mismas condiciones de una cita, y sólo en la medida que la obra no se distribuya comercialmente al público. En el caso de ser comercializadas la norma sustituye la excepción por el otorgamiento de un simple derecho de remuneración. La norma parece estar orientada a contribuir con la política del Ministerio de Educación que tiene como propósito la entrega de textos escolares en forma gratuita a todos los estudiantes de la educación subvencionada del país, para apoyar el proceso de enseñanza y aprendizaje.

Sin embargo, estos textos no los produce él, si no que los adquiere a través de una licitación pública, en la que participan editoriales nacionales y extranjeras. No se perciben cuales podrían ser las razones que fundamentan la inclusión de esta norma de excepción, dado que, en la práctica, las editoriales que participan en la referida licitación son las que deben obtener tales autorizaciones y de hecho así lo realizan.

La misma norma reconoce la necesidad de remuneración de los autores, pues limita arbitrariamente la amplitud de la reproducción en cuanto al número de obras por cada autor, y en cuanto al porcentaje que ésta debe tener en relación al volumen del texto. En los casos que esta reproducción exceda de los límites permitidos para su uso libre y gratuito, la disposición transforma el derecho exclusivo del autor en un simple derecho de remuneración, de forma que el uso de las obras de que trata este artículo será siempre libre (no requerirá autorización del autor) debiéndose remunerar al autor sólo en dos casos: siempre respecto de los ejemplares de distribución comercial; en el caso de los ejemplares de distribución gratuita sólo respecto del mayor número de obras permitidas, o en el evento que su extensión exceda de un 7% del libro.

El debilitamiento de la posición del autor es extremo en la medida que no se le entregan herramientas efectivas en caso de utilización de sus obras, a efectos de recaudar lo debido, pues en caso de

desacuerdo con el editor, debe necesariamente someter la fijación del precio a un juicio declarativo que lo establezca. De esta forma, la norma podría incentivar y legitimar la ejecución de prácticas de competencia desleal. Finalmente la norma alude en su inciso final a dos disposiciones de la ley, una de ellas inexistente, careciendo totalmente de sentido.

A favor de los discapacitados:

Artículo 71 D.

El artículo prevé una gran excepción en beneficio de personas afectadas de una discapacidad. En aquellos escasos países que la reconocen, ella se limita a derogar el derecho de reproducción sólo a condición de que ellas estén directamente ligadas a una discapacidad en particular, que esté limitada a lo que es requerido por tal discapacidad y que sean de naturaleza no comercial. La norma propuesta no es precisa respecto de su alcance, y admite los actos de utilización de las obras en términos amplios sin un correlato con la incapacidad que se trata de vencer. Y se inserta en la norma la exigencia que el acto de explotación se haga sin interés comercial, esto es, que los ejemplares fabricados al amparo de esta disposición no se destinen al comercio, sin embargo, hay formas de utilización de las obras que no constituyen actos de comercio, y sin embargo reportan provecho, utilidad o ganancia para quién lo efectúa, esto es, se hace con evidente ánimo de lucro. Tal es el caso de la distribución gratuita de ejemplares con fines de publicidad o propaganda.

Para bibliotecas y archivos:

El preámbulo del Tratado de la OMPI sobre el derecho de autor afirma expresamente la necesidad de buscar un equilibrio entre los derechos de los autores y el interés público general “particularmente en materia de enseñanza, de investigación y de acceso a la información”.

Los países que han previsto esta excepción, básicamente la justifican en la medida que ella esté destinada a preservar las obras de carácter patrimonial existentes en las colecciones permanentes de una biblioteca pública, ya sea por una eventual amenaza de deterioro o por haber sido éste inutilizado, siempre que tales obras no se encuentren disponibles en el mercado. Las normas propuestas en el proyecto exceden de las pretensiones anteriores en un doble sentido, por una parte las instituciones beneficiarias de la excepción y por otra en cuanto a los actos permitidos y su forma de ejecución.

En primer término se describe como favorecidas con estas normas “las bibliotecas y archivos”, en la mayoría de los casos “que no tengan fines de lucro” y que sean “abiertos al público” o que sean “de instituciones educativas o que sirvan a dichas instituciones”, como una forma de limitación de su alcance.

No parece razonable que los beneficios que se proponen alcancen a toda clase de bibliotecas y archivos, incluyendo los de acceso privados, pues implica que cualquier persona puede dotar sus estantes con reproducciones fotocopias de los libros o copias de toda clase de obras, amparados sólo en esta disposición, desincentivando la adquisición de libros y otras clases de obras y producciones, con evidente perjuicio para los titulares de derechos.

Más amplio resulta el término “archivo”, expresión que alude a toda forma de colección o custodia de documentos tanto públicos como privados. De acuerdo a lo anterior, la norma debe limitarse a las bibliotecas y archivos de titularidad pública, esto es, del Estado y de las corporaciones municipales, por la labor misma que éstas efectúan, siempre que ellas se encuentren abiertas al uso de toda la comunidad y que los actos

mismos que se les habilita a ejecutar en forma libre y gratuita, no posean fines de lucro en si mismo.

En cuanto a los actos permitidos, éstos se pueden en clasificar en los siguientes:

(1) actos de reproducción

Tres son las normas que eximen actos de reproducción de obras en forma libre y gratuita, cuando ellos son ejecutados por una biblioteca o archivo, ya sea para su propios fines (como en el caso del artículo 71 J) o como servicios a terceros (como en los casos de los artículos 71 K y Artículo 71 N). La redacción de estas disposiciones consagra, de forma tácita, la libertad de copia privada, sin dotar a los titulares de los derechos de la compensación económica tal como se reconoce en todas las legislaciones de los países que la han asumido, con la única salvedad que éstas sean elaboradas a través de una biblioteca o archivo abierto al público.

No parece conveniente que bajo el alero de normas de excepción, aparentemente razonables, se admitan en la ley mecanismos que en el fondo eliminan el derecho que se desea limitar en ciertos casos especiales.

Además el artículo no proporciona ninguna precisión sobre la amplitud de la reproducción tolerada, salvo que sea fragmentaria, esto es, que no sería lícito fotocopiar todo un texto, sin embargo cabe presumir que este elemento tan genérico no será tomado en cuenta en la práctica, pues lo verdaderamente importante para la norma es si la reproducción es para uso privado, lo cual se acreditaría únicamente con una mera declaración del interesado, poco importa si ello es o no efectivo.

Artículo 71 J.

En cuanto a la excepción prevista en este artículo la norma debería limitarse únicamente a bibliotecas y archivos de titularidad pública, y abiertos al público, siempre que el acto mismo de reproducción no posea fines de lucro, sino que esté destinado únicamente a fines de conservación. En este sentido, la disposición propuesta debería tener un alcance limitado, como es la preservación de los ejemplares de la colección, ya que el acceso mayor a las obras hoy se efectúa a través de medios electrónicos y que el proyecto estimula mediante la norma del artículo 71 L, que más adelante se analiza.

Artículo 71 K.

En este artículo se consagra, en la forma más amplia posible, la libertad de efectuar copias de obras y de otras producciones protegidas por la propiedad intelectual, con la única salvedad que estas sean elaboradas a través de una biblioteca o archivo abierto al público. Esta disposición transparente en forma precisa su objetivo al señalar expresamente que estas copias son para uso personal del copista, es decir cualquier persona. Sin embargo, al igual que en el caso anterior, la norma omite el reconocimiento a los autores de una remuneración compensatoria por la disminución jurídica y económica de su derecho.

Mediante esta forma, como ocurre en numerosas legislaciones de otros países incluidos la mayor parte de naciones europeas y Estados Unidos con los cuales tenemos acuerdos comerciales, se legitima la realización de copias mediante el empleo de las nuevas tecnologías, sin necesidad de obtener una autorización del autor, pero por cierto garantizándole a éste una justa compensación a través del pago de una remuneración recaudada a través de una entidad de gestión colectiva de derechos, aspecto que el proyecto omite derechamente.

Por otra parte, en ningún caso la libertad de copia para uso personal, se aplica a las bases de datos y programas de computación, aspecto que no se salva expresamente en la disposición propuesta, dándole a la norma una extensión que contraviene los acuerdos internacionales suscritos por Chile. Es importante que se establezca que la obra o producción que es objeto de reproducción debe haber sido legalmente adquirida.

Artículo 71 N.

No resulta atendible la excepción que se pretende establecer en el artículo al sólo amparo de las bibliotecas y archivos de instituciones educacionales, como un eventual apoyo pedagógico de los profesores y los educandos, cuando esta libertad de reproducción se encuentra ampliamente reconocida en la norma analizada recientemente, sin justificación alguna de parte del que la necesita.

Además, resulta impreciso que las condiciones de utilización excepcional que se prevén, queden entregadas a la definición de un reglamento, si se tiene en cuenta que se trata del establecimiento de una limitación a un derecho de propiedad, con lo cual se estaría violando el principio de la legalidad exigida por la Constitución Política en el artículo 19, número 24, en relación con el número 25.

Asimismo, es pertinente señalar que esta excepción no debe ser aplicable a los textos de estudio de cualquier nivel, pues de lo contrario equivale afectar gravemente la industria editorial del libro en Chile.

(2) Libertad y gratuidad para la ejecución de actos de comunicación pública al interior de establecimientos, uno mediante la inclusión de las bibliotecas y archivos en una norma general que no considera ejecución pública la desarrollada al interior de ciertos establecimientos, en la medida que la utilización no tenga un fin comercial, y otra es la inclusión de la misma idea de comunicar obras al público pero en bibliotecas y archivos de instituciones educacionales o que sirvan a dichas instituciones.

No se explica por sí sola esta multiplicidad de tratamiento, por el sólo hecho de ser bibliotecas, si los actos a los cuales se pretende eximir del pago de derechos y de la autorización respectiva, son tratados en una disposición específica, que más adelante se señala. En este sentido, carece de sentido aludir a los actos de comunicación pública en los artículos 71 L y 71 N, si existe una disposición más amplia en las cuales esta actividad se subsume.

(3) Actos de traducción libre y gratuita, en el marco de las bibliotecas y archivos.

Artículo 71 M.

Esta disposición no resuelve el problema de la accesibilidad a las obras publicadas originalmente en idioma extranjero y no disponible su traducción en el mercado nacional, ya sea mediante su edición o importación.

La forma más razonable de resolver este problema es en la facilitación de la publicación de dichas obras por la industria editorial nacional, tal como se autoriza a los países considerados como en desarrollo, de conformidad con la práctica establecida por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en el Anexo del Convenio de Berna y en el Anexo de la Convención Universal sobre derecho de autor.

La propuesta de los Tratados internacionales busca que las obras no editadas en el idioma nacional de un país en desarrollo, dentro de un plazo razonable, cualquier editor o persona puede

adquirir del Estado una licencia obligatoria para publicar esas obras para ser distribuidas con fines de venta únicamente dentro del mercado nacional, y sin perjuicio del pago de la remuneración que la misma ley contempla para sus autores.

Así se incentiva la producción editorial nacional y una mayor oferta de obras en el mercado, previa expresa constatación de la falta de interés de los titulares de esos derechos de editar la obra en el idioma de uso general del país. Además si se relaciona la norma propuesta con las anteriores que permiten a las bibliotecas y archivos en general, la elaboración de ejemplares para su distribución y puesta a disposición del público en forma gratuita, la norma se transforma en una institución que deja sin protección alguna a las obras extranjeras en nuestro país, y constituye a las instituciones referidas en proveedores de las obras extranjeras en el país, desarticulando la industria de la edición en Chile.

Por ello proponemos, en todo caso, que la norma debiera ajustarse a los procedimientos que permite el Convenio de Berna al respecto y que consiste en establecer un plazo de 5 años desde su publicación sin que se encuentre traducida a nuestro idioma y por tanto no disponible para poder autorizar su reproducción. La reproducción debe ser autorizada siempre por el Estado previo pago de los derechos respectivos y a un titular reconocido para tal efecto en nuestra legislación como lo es el editor responsable y en ningún caso otras personas naturales o jurídicas cuyo fin principal no es el de la edición. Por cierto la obra que así se autorice bajo los fines expresados en la norma no podrá comercializarse en el exterior.

(4) Consagra la libertad y gratuidad de actos de almacenamiento y puesta a disposición de obras a través de redes digitales para el acceso de público dentro del propio establecimiento de la institución.

Artículo 71 L.

La reproducción digital de las obras conlleva mejoras en cuanto a la preservación y acceso a las obras y constituye una forma de utilización de las obras intelectuales en constante expansión y mercado futuro de los derechos intelectuales. La norma propuesta está orientada a permitir, sin necesidad de autorización de los titulares de los derechos concernidos, el almacenamiento (digitalización) y puesta a disposición de las obras así almacenadas al público en redes instaladas al interior de los mismos establecimientos.

Esta actividad no puede ir en detrimento de los intereses legítimos de los autores, por lo tanto, junto con facilitar el acceso a las obras a través de nuevas tecnologías, dentro del recinto, es fundamental que ello, de permitirse, se haga sin perjuicio de la remuneración a los autores. Finalmente, la indicación del número de terminales no es una materia que deba ser determinada por un reglamento, si no que es suficiente que ellos se encuentren dentro del propio establecimiento y la racionalidad del servicio.

Para fines de enseñanza:

Artículo 71 E.

Artículo 71 O.

La primera norma recoge las actuales disposiciones contenidas en los artículos 40 y 41 de la ley, con algunas modificaciones de redacción, sustituyendo la palabra “universidades” por “instituciones de educación superior”, lo cual hace extensiva la disposición a los institutos profesionales, aspecto que es razonable.

La segunda norma propuesta está tomada del actual inciso primero del artículo 45 de la LPI, con dos cambios. En primer término, se incluye entre los beneficiarios de la excepción a las bibliotecas y

archivos independientemente del carácter público o privado de los mismos, debiéndose tener en cuenta las consideraciones ya efectuadas precedentemente.

En segundo lugar la norma sustituye la exigencia de que la utilización no pueda tener fines de lucro, por otra menor que se refiere sólo que el acto de utilización no tenga un interés comercial, con lo cual se amplía extensamente el alcance de la norma de excepción.

Otras excepciones:

Para fines de información:

Artículo 71 E.

La norma recoge las actuales disposiciones contenidas en los artículos 40 y 41 de la ley, sin modificaciones de redacción en su inciso segundo, lo cual conlleva a que la norma propuesta mantenga el mismo error que la norma fuente, de no precisar que los discursos, debates o conferencias deben de haberse pronunciado en público, esto es, deben haber sido divulgados por voluntad de su autor, de lo contrario, se afectaría el derecho moral de mantener la obra inédita.

Reproducciones provisionarias

Artículo 71 Q.

El artículo tiene su fundamento en dos disposiciones del TLC con EEUU, como son el artículo 17.5, numeral 1, por una parte, y por otra, el artículo 17.7, numeral 3. Esta materia ha sido muy discutida a nivel internacional, siendo normalmente exigida por los proveedores de acceso al Internet que no quieren incurrir en ninguna responsabilidad en el terreno del derecho de autor. La excepción se justifica por razones prácticas evidentes. Una definición amplia de reproducción podría normalmente llevar a considerar a estas fijaciones como actos sometidos al derecho exclusivo del autor. De allí que esta norma postule liberar del derecho exclusivo las fijaciones provisionarias que implican la circulación de una obra en las redes digitales o su utilización por el destinatario final a través de su computador, en la línea de lo que ha sido ya admitido por los programas de computación y las bases de datos.

Un ejemplo de solución es el dado por la propuesta de excepción prevista en el artículo 5.1 de la Directiva Europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, la cual estipula que ella no cubre sino “los actos de reproducción provisionaria señalados en el artículo 2 que son transitorios o accesorios y constituyen una parte integrante y esencial de un procedimiento técnico, teniendo como única finalidad permitir: a) una transmisión en una red entre terceros por un intermediario, o b) una utilización lícita de una obra”, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente.

La disposición del proyecto se complementa con la modificación de la definición de reproducción que da la LPI en la letra u) de su artículo 5º, cuya redacción quedaría de la siguiente forma: u) Reproducción: la fijación permanente o temporal 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.

(2) Disposiciones generales:

Dos son las normas de carácter general que se consagran dentro del Título III referente a Limitaciones y Excepciones

(a) Aplicación extensiva de las excepciones al derecho de autor a los derechos conexos.

Artículo 71 A.

Es una norma que no merece mayores comentarios al ser comúnmente aceptada por los Tratados internacionales y las leyes nacionales.

(b) Regla de los tres pasos.

Artículo 71 R.

La norma esta tomada del actual artículo 45bis, de la LPI vigente (incorporada mediante la Ley 19.912, de 2003, impulsada por el mismo Gobierno, con motivo de la adecuación de la legislación nacional a los ADPIC). Las leyes nacionales contienen un variado número de limitaciones y excepciones, de allí que los Tratados internacionales establezcan la obligación de los Estados parte de circunscribir éstas a la regla de los tres pasos.

La norma propuesta pretende sustituir el sistema de limitaciones legales por el fair use, que basa la definición de los derechos, en los precedentes judiciales; metodología del todo ajena al sistema jurídico nacional. De este modo, el proyecto busca reemplazar una norma de interpretación restrictiva de las limitaciones y excepciones, que obliga en cada caso concreto a los tribunales a aplicar la regla de los tres pasos para verificar el correcto uso de las limitaciones y excepciones legales.

Evidentemente que esta propuesta rompe con el principio de legalidad de las limitaciones al derecho de propiedad, consagrado en la Constitución. Pues por su expreso mandato no es posible adoptar el sistema de fair use como metodología de aplicación de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos, toda vez que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 número 24) de la carta fundamental, sólo corresponde a la ley fijar las normas relativas al modo de adquirir la propiedad intelectual, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que permitan asegurar su función social.

Señaló, por último, a modo de conclusión, que la redacción en muchos casos imprecisa de las disposiciones admite interpretaciones que pueden llevar a significar una derogación de ciertas facultades del derecho de autor, tal como sucedería con el derecho de reproducción de los autores de obras literarias, fotográficas, plásticas y de diseño gráfico. Como se puede suponer la fuente principal para la redacción de estas disposiciones son las legislaciones extranjeras, sin embargo de ellas se toma sólo los elementos que limitan los derechos de los creadores y se omite consagrar los aspectos positivos que esos mismos ordenamientos presentan para acotar y mitigar los efectos de las excepciones impuestas a los derechos exclusivos de los autores con lo cual se obtiene un adecuado equilibrio.

Nos referimos expresamente a la circunstancia de no reconocerse en el proyecto una remuneración compensatoria a favor de los autores, especialmente en el ámbito de las reproducciones mediante fotocopias (reprografía). La inclusión de una figura residual que permita a los tribunales eximir cualquier acto de utilización de obras o producciones protegidas, aparte de ser inconstitucional, hace innecesaria la casuística desarrollada en las normas anteriores, pues la definición de los actos libres y gratuitos ya no queda entregado a la ley si no a la jurisprudencia, haciendo aplicable en Chile el sistema del fair use propio sólo de la legislación de los EE.UU.

Por todo lo anterior solicitan acoger las observaciones expresadas, de tal manera que el proyecto apunte hacia una normativa de futuro que resguardando debidamente el derecho legítimo de los

autores, sume excepciones acotadas de consenso general, dando adecuado equilibrio a la legislación.

DON JORGE OPAZO, PRESIDENTE DE LA BIBLIOTECA CENTRAL PARA CIEGOS.

Señaló que la Biblioteca manifiesta su aprobación al proyecto de ley que viene a llenar un importante vacío existente en la actual legislación, pues la reproducción sin fines de lucro de obras literarias, científicas, de ciencias humanas, de la economía, o religiosas utilizadas por personas ciegas y cuya proveniencia se efectúa por organizaciones que apoyan a los discapacitados visuales, ha estado en un área cuya utilización puede ser cuestionada, al no contar con una clara excepción a la normativa de la propiedad intelectual.

La Biblioteca Central para Ciegos, con sede en Santiago, prosiguió, cuenta con un importante acervo de libros grabados por voluntarios, los cuales se facilitan a las personas con discapacidad visual para su ilustración y entretenimiento, superando a la fecha más de 2000 títulos, sin contar con ayuda alguna especial, sino la de sus propios socios, aparte de su biblioteca en Braille y la actividad de impresión de libros para escolares que ejecuta por convenios específicos con el Ministerio de Educación.

Respecto del artículo 71 D, dijo, es preciso dejar constancia que la reproducción, adaptación, distribución y comunicación al público se puede efectuar bajo cualquier forma, formato o soporte técnico de las obras. También que una obra se encuentra lícitamente publicada cuando ella conste en libros, discos, cintas grabadas, videos o en cualquier tipo de soporte técnico que la industria de la reproducción utilice. Agregar en el inciso primero del artículo 71 D del proyecto de ley, después de la palabra “formatos”, las expresiones “o procedimientos”. (adaptar libros en sistema braille y nuevas tecnologías que aparezcan en el mercado). Agregar, asimismo, un nuevo inciso al artículo 71 D del proyecto de ley, en el cual se establezca lo siguiente: “La excepción establecida en este artículo se mantendrá vigente aun cuando se expendan ejemplares o copias de obras lícitamente publicadas, iguales o semejantes a aquellas que hayan sido reproducidas en conformidad al inciso primero de este artículo.”.

DON LUIS PARDO, PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE RADIODIFUSORES DE CHILE (ARCHI).

Explicó que en Chile operan hoy 1.500 estaciones de radio en las bandas de FM y AM, que conforman una gigantesca red que cubre en toda su extensión el país. Estas 1.500 radioemisoras corresponden a más menos 450 concesionarios. Valga precisar que ARCHI los representa a todos, desde los más grandes a los más pequeños, siendo la radiodifusión regional y local una de las prioridades de nuestra gestión gremial. El 71% de las empresas radiodifusoras, factura menos de 1 millón de pesos mensuales, de manera que el tema de los derechos autorales es particularmente sensible para nosotros.

La radiodifusión, representan la oferta medial más plural del país, tanto desde la perspectiva de la diversidad de contenidos y programas que genera como de la diluida y diversificada propiedad. De ahí

sus altos niveles de audiencia y credibilidad: el 83,5 % de los chilenos mayores de 15 años escucha radio todos los días, con un promedio de 5 horas diarias. Durante 15 años, en los más diversos estudios realizados por prestigiosas universidades y empresas especializadas, la radio ocupa invariablemente el primer lugar en la confianza y credibilidad que le otorga la ciudadanía, de entre todas las organizaciones políticas y sociales del país.

II.- Artículo 100.

Si bien hoy tenemos una excelente relación con la SCD y un convenio tarifario que opera desde el año 2000, la modificación del artículo 100 ha sido un mandato a las directivas de ARCHI desde el fallo de la FNE en 1998. El artículo permite a las sociedades de gestión fijar unilateralmente la tarifa, sin que exista una instancia de negociación previa, ni un mecanismo de solución de controversias.

Esto les preocupa no tanto por la SCD, entidad de gestión con la cual estamos trabajando en conjunto muchas iniciativas en beneficio mutuo y de la música nacional, sino muy particularmente por la eventual aparición de nuevas entidades de gestión colectiva, que podrían hacer uso de las facultades totalmente desequilibrantes que les otorga el citado artículo.

En tal sentido, la modificación propuesta por el ejecutivo les parece adecuada, especialmente en lo relativo al arbitraje forzoso u obligatorio, sin el cual no existe la opción de negociar previamente, pero con algunas observaciones en las cuales coincidimos con las sociedades de gestión colectiva, en especial la SCD: la comisión arbitral debe quedar definida en la ley y no sujeta a la discrecionalidad de la autoridad de turno, vía reglamento; la facultad de forzar un arbitraje sólo puede recaer en las entidades colectivas de usuarios organizados y no en los usuarios individuales. Ello evita generar una industria del litigio que podría inmovilizar a las sociedades de gestión encareciendo sus costos, además simplifica la gestión general del sistema y estimula la asociatividad. Los acuerdos a que lleguen los entes colectivos (que si creemos deben tener la posibilidad de un arbitraje obligatorio) serán la referencia para los usuarios individuales que no se adscriban a ninguna asociación de usuarios; especificar la facultad de establecer convenios que representen tarifas alternativas. Nos parece finalmente que, el requisito de que una entidad de gestión sea declarada dominante por la Fiscalía Nacional Económica para poder ser obligada a un arbitraje, es una exigencia innecesaria, toda vez que todas las sociedades de gestión colectiva están, por su naturaleza en una posición dominante, de hecho no existen dos sociedades de gestión para un mismo tipo de titulares de derechos. Esta exigencia encarece y dificulta innecesariamente el procedimiento, obligando a los usuarios a recorrer un largo y costoso camino antes de poder acceder a este derecho elemental de negociar con la contraparte.

II.- Excepciones

La radiodifusión utiliza la copia temporal o efímera cada vez que emite un tema al aire desde un computador, o cada vez que un sistema satelital o de radioenlace digital, transmite una señal desde un estudio a una planta transmisora, lo cual significa que en estricto rigor, el 99% de las radios esté cometiendo un delito cada 3 minutos.

Les parece indispensable precisar la excepción de la copia efímera o temporal para radiodifusión, entendiendo por tal aquella que realizan los sistemas computacionales y/o digitales en la emisión y transmisión de su señal y sólo para estos efectos.

III.- Planillas de ejecución musical

La Ley actual penaliza la no entrega de las planillas de ejecución musical, consistente en un listado diario con todos los temas musicales emitidos por la emisora, especificando autor, intérprete, versión, etc. Para las grandes radios y para las radios con tecnología de punta, esto no es un gran problema, pero para las pequeñas radioemisoras si representa un costo importante generar las planillas y enviarlas oportunamente. No enviar la planilla no representa ningún beneficio para la radioemisora, que pagan en función de su facturación, simplemente muchas de ellas no tienen los recursos ni la organización para elaborar un documento que en estricto rigor debiera ser de cargo de quién cobra por recaudar, administrar y distribuir, más que del usuario. Consecuentemente, estimamos que la no emisión de las planillas es una falta que puede ameritar una multa razonable, acorde con el tamaño económico del infractor.

IV.- Tarifa Mínima

Si bien no es necesariamente tema de la presente modificación de la ley, la actual tarifa mínima significa para las pequeñas emisoras un 10 % de sus ingresos. Una radio que facture 450 mil pesos o menos, como las hay y muchas, paga sobre el 10% de su recaudación.

Su posición es que la tarifa mínima debiera ser del orden de 1,5 Unidades de Fomento como máximo, de manera que corresponda al promedio del segmento de radios que facturan menos de un millón (alrededor de 300 Micro empresas radiodifusoras). Va contra toda lógica, y contra todo el discurso político transversal de nuestro tiempo, que los chicos paguen un 10% o más de sus ingresos y los grandes menos del 3%.

V.- Derecho de radiodifusión

El artículo 69 de la ley de Propiedad Intelectual establece los derechos de los organismos de radiodifusión sobre la retransmisión de las emisiones o su comunicación al público en locales a los que tenga libre acceso, fijación o reproducción de las mismas, estableciendo que las empresas tienen derecho a una retribución que fijará el reglamento. Esto cobra especial importancia frente al uso que terceros pueden hacer de las transmisiones de radio, sin la debida autorización ni el pago de la debida remuneración. Ejemplos: empresas de TV cable que incorporan en su parrilla señales de radio captadas del aire o Internet sitios *web* que utilizan señales de radio, total o parcialmente con fines comerciales.

Si bien esta materia no está contemplada en el proyecto de modificación actualmente en curso, les interesa dejar constancia de interés en resguardar en nuestra legislación el derecho de radiodifusión.

VI.- Difusión por Internet.

A juicio de ARCHI, debe precisarse el alcance del artículo 67 de la ley, en el sentido que la obligación de pagar a los titulares de derechos de autor, por la difusión por radio de fonogramas y reproducciones de los mismos, es independiente del vehículo que se utilice para la transmisión y, por tanto, si los radiodifusores ya han pagado el derecho de autor, no corresponde volver a pagarlo por las transmisiones en Internet. En efecto, la transmisión simultánea al aire y a la *web* representa una tendencia en el mundo moderno, que de representar mayores ingresos para el radiodifusor, éstos se reflejan en su facturación y por ende en la remuneración que reciben autores e intérpretes, asociada a un porcentaje de la facturación mensual.

Debe distinguirse entre quiénes emiten un programación de radio sólo por Internet y por ende no pagan derecho alguno y

las radioemisoras que lo hacen en forma simultánea en ambos soportes. Esto adquiere la mayor relevancia en el contexto de la sociedad de la información y la convergencia y no precisarlo significará la imposibilidad de los pequeños radiodifusores de transmitir sus señales por Internet.

DON FERNANDO UBIERGO; PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR.

1.- Fundamentos del proyecto.

Expresó que conforme se deduce del Mensaje Presidencial las razones que motivan el proyecto en análisis son dos: (1) la necesidad de adecuar las normas internas a los Tratados internacionales suscritos por Chile, en forma especial, al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) y a los Tratados de Libre Comercio (TLC) suscritos con Estados Unidos, la Unión Europea y México, y (2) la necesidad de modernizar las herramientas de observancia, para que permitan a los titulares de estos derechos luchar contra la piratería de las obras y producciones protegidas.

Es preciso señalar, enfatizó, que en noviembre de 2003 la LPI fue objeto de dos importantes modificaciones, fundadas precisamente en la necesidad de adecuar la ley nacional a los ADPIC, la primera, y al TLC con EEUU, la segunda. Con todo, es necesario recordar que sólo el TLC con EEUU establece la obligación de adecuación progresiva de las legislaciones internas de los países vinculados a dicho pacto, no así el Acuerdo sobre los ADPIC, y no de todas las materias en él convenidas, si no sólo las aludidas en el numeral 2 del artículo 17,12, y que se refieren a copias temporales (2 años); observancia (incluidas las medidas en frontera) y derecho de comunicación pública y transmisiones digitales interactivas para los artistas y productores (4 años), sobre medidas tecnológicas efectivas (5 años).

De la sola lectura de las disposiciones propuestas en el proyecto, expresó que se advierte que muchas de las disposiciones en él contenida no se vinculan a los Acuerdos internacionales señalados como fundamento de la iniciativa, como tampoco tienen inspiración en establecer herramientas para una efectiva protección de los derechos de propiedad intelectual, siendo dable sostener que existen otros fundamentos no expresados en el Mensaje presidencial que motivan las adecuaciones que se proponen a la LPI, y que deben deducirse sólo del alcance de las normas propuestas.

Nos referimos, dijo, a los proyectos que concluyeran con la dictación de las leyes Nos. 19.912 y 19.914, de 4 y 19 de noviembre de 2003, respectivamente.

2.- Contenido del proyecto

Analizando la normativa propuesta, dijo, el proyecto se puede dividir en 4 temas, no presentados en el mismo orden en el proyecto, a saber, (a) Se propone una nueva regulación de las limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual, (b) Se propone una nueva regulación del sistema de protección civil y penal; (c) Se incorpora un sistema que limita la responsabilidad de los proveedores de servicios en línea, y (d) Se plantean otras adecuaciones a la LPI.

De acuerdo a lo solicitado, explicó, el objeto principal de este informe se radica en el conjunto de disposiciones que sustituyen el actual régimen de limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual y de manera muy general, se abordarán los otros temas,

pues poseen una menor relación con la industria editorial, salvo los aspectos vinculados a la piratería, que será analizada desde la perspectiva del derecho penal material.

3.- Limitaciones y excepciones a los derechos de propiedad intelectual.

En primer lugar, conforme lo dispuesto en los numerales 4) y 6) del artículo 1º, el proyecto propone sustituir los actuales Párrafos III (artículos 38 a 45bis) y IV (artículos 46 y 47) del Capítulo V del Título I de la LPI., que llevan por rúbrica "Excepciones a las normas anteriores" y "Excepciones al derecho de autor" respectivamente, por un nuevo Título III de la ley que llevaría por nombre "Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos".

a) Consideraciones generales

Dos son las consideraciones generales que se pueden plantear, una dice relación con el cambio de ubicación de las normas (i) y la otra, con la naturaleza específica de los derechos que se pretende limitar (ii).

(i) El actual sentido de la ley es claro, pues se trata las excepciones dentro de las normas aplicables exclusivamente al derecho patrimonial de autor, lo cual tiene como efecto inmediato el hecho que no perturbar de modo alguno al derecho moral, por su evidente carácter de derecho de la personalidad del creador y por ende no disponible, tal como claramente se deduce de la sola lectura de la rúbrica del Capítulo V que se denomina expresamente "Derecho Patrimonial, su ejercicio y limitaciones".

Desde esta perspectiva, añadió, el cambio de ubicación no parece oportuno, a menos que se reconozca expresamente el alcance referido, esto es, que en ningún caso las normas sobre excepciones deben interpretarse en un sentido que afecten al derecho moral de autor en su esencia ni en su ejercicio.

La razón de este cambio de ubicación, no manifestada en el proyecto, parece encontrarse en el hecho de hacer explícitamente aplicables al derecho patrimonial, que integra los derechos conexos a los derechos de autor, las mismas excepciones prevista para este último, pues no sería comprensible que una obra que escapa al derecho exclusivo de su autor deba requerir la autorización de los titulares de los derechos conexos.

Tal observación podría subsanarse simplemente mediante la incorporación de un artículo, al final del Título de la LPI, que posea una redacción similar a la prevista en el artículo 71 A del proyecto, en cuanto a que prescriba que las excepciones establecidas para el derecho de autor también podrán ser aplicables a los derechos conexos, en la medida que sean procedentes manteniendo así la actual estructura de la LPI, evitando interpretaciones no deseadas.

(ii) Desde la Constitución Portalana de 1833, el derecho de autor ha sido consagrado como una garantía constitucional en favor de los creadores intelectuales.

En la actualidad, la Constitución establece, en su artículo 19 N° 25, que ella asegura a todas las personas "el derecho de 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". Además, la misma norma expresa que dicha protección constitucional comprende la "propiedad" de la obra y otros derechos, como la paternidad,

edición (divulgación) e integridad de la creación, todo ello en conformidad a la ley.

En cuanto a la "propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas", la propia Constitución se encarga de estipular que le son aplicables las mismas disposiciones constitucionales que protegen el derecho de dominio en general, de lo cual resulta que, por expreso mandato constitucional, "sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad (intelectual), de usar, gozar y disponer de ella, y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social".

De esta forma se le garantiza al autor que no puede, "en caso alguno, ser privado de su propiedad (intelectual), del bien sobre que recae (la obra) o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación".

Por otra parte, es preciso consignar, dijo, que el derecho de autor es objeto de consagración especial en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del cual resulta 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".

Desde esta perspectiva, continuó, el contenido normativo de la ley sobre Propiedad Intelectual, debe ser interpretado a la luz de las disposiciones constitucionales que consagran la propiedad; y los principios de limitación de la soberanía por los derechos humanos (artículo 5°); de reserva legal y de contenido esencial de los derechos individuales (artículo 19 N° 26).

En consecuencia, la propiedad intelectual es un derecho esencial e inviolable, que cede taxativamente antes causales precisas que reconocen la función social de la propiedad en general, admitiendo limitaciones y excepciones, en ciertos casos especiales, con el fin de satisfacer un interés público comprometido.

En este sentido, enfatizó, toda excepción deben satisfacer las exigencias y restricciones que se derivan de de la naturaleza de los derechos que se pretenden afectar, y que la Constitución reseña claramente al regular la función social de la propiedad intelectual, la que "comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental".

De este modo, una excepción o limitación que garantice al titular del derecho una remuneración por tales utilizaciones no autorizadas, resulta más razonable, pues junto con admitir el libre uso de terceros, en ciertos casos especiales, mitiga también los efectos que produce el privar a los autores de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio sobre su creación intelectual.

(iii) Si bien en casi todos los convenios internacionales se pueden encontrar ejemplos de limitaciones y excepciones, en la mayoría de los casos no se trata de disposiciones imperativas sino cuestiones que en definitiva queda entregadas a la regulación de las legislaciones nacionales, respetando los límites estrictos dados por las propias disposiciones internacionales, teniendo especialmente en cuenta el objeto y fin del mismo. Por ejemplo, en el caso del Convenio de Berna (en adelante CB) su objeto y finalidad se encuentra señalado en el preámbulo y al comienzo de su artículo 1°, que indican, respectivamente, como tales: "el mutuo deseo de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas..." y "Los países (...) están constituidos

en Unión para la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas".

De estas disposiciones resulta inequívoco que el objeto y fin del Convenio de Berna, es la búsqueda en términos concretos, de un resultado favorable al autor en el ámbito de la protección de sus intereses morales y patrimoniales, y no otro.

El concepto más utilizado para justificar una medida de excepción es el "interés público", el que presenta una grave dificultad de interpretación, pues por sí sólo su sentido y alcance es muy amplio e impreciso como para ser aceptado como única razón para el establecimiento de limitaciones y excepciones a la protección de el derecho de autor, pues al final cualquier excepción puede ligeramente justificarse sobre la base de un interés público difuso o no claramente establecido.

Un análisis más profundo necesariamente obliga a especificar claramente la naturaleza y el alcance del interés público invocado, no sólo en aras de la transparencia de la discusión, si no principalmente en función de la aplicación de lo señalado en el inciso segundo del número 24 del artículo 19, de la Constitución, que reconoce como límites de la propiedad en general y la propiedad intelectual en particular, la protección de la salud pública, la observancia de la ley, o razones de seguridad nacional. En este sentido, no cualquier interés público califica como fundamento plausible de una excepción si no viene precedido de una verdadera justificación.

OPOSICION A LA NORMA DEL PROYECTO QUE MODIFICA EL SISTEMA DE FIJACIÓN DE TARIFAS Y ACUERDOS CON ASOCIACIONES DE USUARIOS.

1.- Gestión Colectiva.

Ref.- Modificación Artículo 100 LPI. El proyecto de ley introduce una norma innecesaria y perjudicial, que consiste en obligar a la sociedad de gestión a acreditar "el uso efectivo" de su repertorio, como igualmente la obliga a ir un arbitraje forzoso (árbitro que queda entregado a la determinación del Reglamento) cuando un usuario considera subjetivamente que la tarifa es "excesiva".

La propuesta es que esta norma no sea incorporada en el proyecto, ya que por 15 años el sistema ha funcionado en base a acuerdos plenamente satisfactorios para organizaciones de usuarios y sociedades de gestión. Será una fuente de conflictos alterando un sistema que ha probado ser efectivo y pacífico en su implementación.

El proyecto introduce un mecanismo de prueba del "uso efectivo" que es nefasto para la gestión colectiva y que la incapacita para actuar. El proyecto señala que las tarifas deben estructurarse de manera que "el cobro" diga relación con "el uso efectivo" del repertorio. En la práctica, esto significará que la sociedad debe demostrar, en caso de conflicto, que el usuario está usando su repertorio. ¿Quiere el legislador que la sociedad de gestión tenga un inspector o supervisor en cada lugar del país donde se usa música, y que además deba grabar los usos, para poder demostrarlo? Esta es una prueba diabólica, que dejará en total indefensión a la sociedad. Esta norma llevará a cada usuario infractor a pedir que la sociedad acredite "el uso efectivo".

Así no funciona la gestión colectiva. En la gestión colectiva el usuario recibe una licencia amplia, de todo el repertorio mundial, y es el usuario quien decide cuando, y cuanto usar de ese repertorio.

Propuesta: Desechar la norma o bien corregir su aplicación estableciendo como requisito la entrega efectiva de una planilla completa y fidedigna del reporte de uso de obras, por el usuario.

Rechazo a la disposición que priva al autor de la facultad de fijar las condiciones de uso de sus obras a través de la gestión colectiva.

El proyecto permite al usuario que considere la “tarifa excesiva”, bajo su solo criterio subjetivo, llevar a la sociedad de gestión a un juicio arbitral forzoso. Esta es una norma desconocida en el sistema de contratación civil y comercial, que sólo se pretende aplicar al derecho de autor.

Retroceso anterior al año 92. Las normas sobre eventuales abusos o arbitrariedades son materia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, y hacen innecesario esta normativa que es un desacierto para la mantención de los avances habidos en el derecho de autor en nuestro país.

Esta iniciativa es tan nefasta, que hace retroceder en la protección de los derechos de los autores, hasta antes del año 92, cuando el Departamento del Pequeño Derecho de Autor fijaba las tarifas, y se convertirá en una fuente de conflictos, hoy día inexistente. El único conflicto que ha tenido la gestión colectiva, en más de 16 años de vigencia de la ley, es con los radiodifusores, que se solucionó en un convenio el año 98, que ha se ha renovado en completa armonía.

La gestión colectiva es una conquista de los autores y artistas, que ha dado y dará muchos frutos a la comunidad artística y que no puede ser desarticulada por normas de esta naturaleza. Propuesta: Desechar la norma, o bien, regular adecuadamente un arbitraje voluntario, y dejar la solución de los conflictos a las normas generales de derecho, principalmente las normas sobre competencia

Exclusión de obras literarias, dramáticas, y dramático-musicales. El texto actual del artículo 100, ofrece un tratamiento especial para las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, señalando que no están afectas a la obligación de contratar y de fijar tarifas generales. Sin embargo, el proyecto ha eliminado esta precisión, tomada de la legislación comparada. Con esto, las obras dramáticas deberían licenciarse obligadamente, de acuerdo a la tarifa general de la sociedad, y en forma no exclusiva. Esto es contrario al sistema de gestión de las obras teatrales, dramático-musicales y literarias.-

OPOSICION A LA NORMA DEL PROYECTO QUE MODIFICA EL SISTEMA DE EXCEPCIONES Y ESTABLECE UNA SUPER-EXCEPCION.

Artículo 71 R.

Contraviniendo las promesas del Gobierno, de limitar las excepciones sólo a bibliotecas públicas y discapacitados, se ha introducido en el proyecto una norma insólita, que la llamamos Super-excepción, ya que abre la posibilidad de que cualquier sujeto en infracción al derecho de autor, se excuse señalando que se encuentra en un caso especial, que no afecta la explotación normal de la obra y no causa un perjuicio injustificado al autor.

De acuerdo a las explicaciones dadas por el Ejecutivo, se trataría de un sistema “fair use” norteamericano, a la chilena, intentando copiar el sistema norteamericano anglosajón. Inexplicable cambio a una reforma introducida sólo hace tres años. Lo que hace esta norma, es dar vuelta lo que el propio Ejecutivo y el Parlamento aprobaron sólo en el año

2003 (artículo 45 bis), siguiendo la legislación española, y que ahora se propone revertir.

No es posible aplicar esta norma en el sistema legal. Se sigue la tradición del sistema de “derecho de autor” (europea continental), y no de “copyright”, por ello en derecho las excepciones son limitaciones escritas en la ley, a la que deben ajustarse los tribunales. El legislador chileno debe informarse acerca de los términos en que las excepciones se regulan en el derecho comparado.

El sistema de fair use norteamericano es totalmente distinto en exigencias y acreditaciones a esta norma del proyecto.ⁱ En el sistema norteamericano las resoluciones de los tribunales son fuente de derecho, según el sistema de *Common Law* lo que no tiene vigencia en Chile.

Norma inconstitucional

Esta super-excepción, deja entregada a los tribunales o al mismo Gobierno la determinación de límites a la propiedad intelectual, lo que trasgrede el principio de reserva legal, toda vez que establece límites a la propiedad intelectual que no se encuentran determinados en la ley, y que se sujetarán al criterio que aplicarán los tribunales o del Ejecutivo. ¿Qué parámetros usarán los tribunales para establecer que se trata de un caso especial, que no afecta la explotación normal de la obra y que no causa un perjuicio injustificado a los intereses legítimos de los autores? ¿Qué estudios económicos? ¿Qué investigaciones de mercado? ¿Cómo se acreditará el daño a los autores? ¿En cada caso particular?

Si el derecho de autor es un derecho de propiedad, no puede tratarse en peor forma que los derechos sobre la propiedad común. Propuesta: Esta disposición debe suprimirse del proyecto, manteniendo el texto del actual artículo 45 bis.

EXCEPCIONES SOBRE COPIA PRIVADA, SIN MEDIR EL IMPACTO EN LOS AUTORES E INDUSTRIAS CULTURALES.

OPOSICION A LA INTRODUCCION DE LA EXCEPCION DE COPIA PRIVADA SIN UNA COMPENSACION A LOS AUTORES Y A LA INDUSTRIA AFECTADA.

El Proyecto introduce por primera vez en nuestra legislación una excepción de copia privada. Esto es, permite realizar copias sin pedir autorización al autor.

En muchas legislaciones se ha concedido esta excepción, pero considerando una compensación a favor del autor y de la industria afectada, a través de un derecho de remuneración por copia privada. En este sentido, el proyecto copia la legislación comparada, pero restándole el derecho de remuneración por copia privada que se ofrece como compensación a los autores e industrias. (ver legislación española, alemana, francesa, etc.)

¿En qué consiste este derecho? Es una remuneración que los importadores y distribuidores de equipos reproductores y soportes vírgenes deben pagar a los autores e industrias, a través de una sociedad de gestión colectiva. Tratándose de un derecho de remuneración (y no un derecho exclusivo) la determinación de este valor puede realizarse en forma negociada por las sociedades de gestión y los usuarios, y a falta de acuerdo, con intervención de la autoridad.

De esta manera, las empresas que explotan el giro de equipos reproductores y soportes deben incluir en sus costos esta remuneración.

La distribución de este derecho se realiza en forma conjunta por las sociedades de gestión colectiva involucradas, y su distribución se efectúa conforme a los reportes de uso de obras y por muestras estadísticas. En consecuencia, todas las expresiones artísticas son beneficiadas, en proporción a los usos.

Este derecho está contemplado en numerosas legislaciones, europeas, asiáticas, latinoamericanas, y de Estados Unidos. El legislador no puede eludir el análisis de esta materia, cuando está incorporando una excepción de copia privada.

Así, la Directiva Europea N°29 de 2001, señala, (N°35) “En determinados casos de excepciones o limitaciones, los titulares de derechos deberían recibir una compensación equitativa para recompensarles adecuadamente por el uso que se haya hecho de sus obras o prestaciones protegidas”. Propuesta: Se debe regular directamente la excepción de copia privada para todas las obras y prestaciones artísticas, que ofrecerá a todos los ciudadanos el derecho de copiar privadamente, en forma legítima, estableciendo al mismo tiempo el derecho de remuneración por copia privada, asumiendo la responsabilidad de dar una solución equilibrada y con sentido de futuro a estas materias.

DON ALBERTO CERDA, DIRECTOR DE LA ONG DERECHOS DIGITALES.

Expresó que la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual establece el estatuto jurídico de los creadores sobre sus obras, así como determinadas condiciones de acceso de la comunidad a los progresos de las ciencias, las artes y la literatura. Como tal, el estatuto resulta aplicable a diversos contextos en los cuales se verifican actos de creación, desde los propiamente artísticos (v.gr., música y pintura), pasando por industrias culturales (v.gr. sellos discográficos y casas editoriales), hasta otros de connotación tecnológica (producción de software y bases de datos). A ello cabe adicionar normas concernientes a la determinación de infracciones, procedimientos judiciales aplicables y otras.

Señaló que el amplio tramado de actividades que quedan afectos a la normativa sobre derechos de autor impide verificar en breve tiempo un tratamiento exhaustivo de los múltiples efectos que puede suscitar su modificación. Es por ello que en el presente informe nos hemos limitado a ciertas aristas de la regulación, las cuales revisten inequívoco interés público, tal como se concibe en diversos instrumentos internacionales, como garantía de acceso.

Es así, entonces, dijo, como el presente informe se detiene sobre cinco tópicos específicos, a saber: protección del dominio público, responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet, modificaciones al estatuto del software, sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, y normas concernientes a la intervención judicial. En un sexto apartado se consideran ciertas observaciones misceláneas.

1.- Protección del dominio público

La regulación del derecho de autor no sólo se extiende a la protección otorgada a los creadores y demás titulares de derechos en relación con sus obras, estableciendo derechos monopólicos sobre ellas por un período determinado (dominio privado), sino que también establece normas concernientes al resguardo de aquellas obras que han ingresado al patrimonio común de la humanidad, el denominado “dominio público”.

El dominio público está conformado, explicó, por aquellas obras que pueden ser usadas libremente por las personas, sin requerir autorización ni mediar un pago de remuneración, pues los derechos sobre ellas han vencido o caducado por diversas circunstancias. Pensemos en la obra musical de Chopin, la pintura de Rugendas, la novela de Blest Gana y la tradición mitológica de Chiloé, entre otras.

La adecuada protección del dominio público es esencial para la preservación y difusión cultural, permitiendo el acceso libre a fuentes de conocimiento y sirviendo de base para la producción de nuevas creaciones. Al respecto el proyecto de ley muestra avances significativos, al simplificar el cómputo de plazos de vigencia de los derechos y prever sanciones penales para un uso indebido de las obras que conforman el dominio público. Sin embargo, es posible profundizar la protección al dominio público, sin que signifique merma alguna para los intereses de las personas, como individuos particulares. Así el proyecto mejoraría sustantivamente de introducirse tres indicaciones adicionales en orden a ampliar el tipo de obras que ingresan al dominio público y eliminar una hipótesis de excepción en el cómputo de plazos de vigencia de los derechos.

El texto actual de la ley, en relación al dominio público, dispone:

Artículo 11. Pertenecen al patrimonio cultural común:

a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido;

b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folclórico;

c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley;

d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2º, y

e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.

Las obras del patrimonio cultural común podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra.

Sobre el particular, sugirió la incorporación de dos nuevos literales: uno concerniente a documentación pública u oficial, y otro al caso de obras cuyo titular fallece intestado sin herederos forzosos.

El Convenio de Berna de 1886, del cual Chile es parte, admite que los Estados partes excluyan a los documentos oficiales como objeto de protección, y tal han hecho diversos países, tales Brasil, Colombia, Costa Rica, México y Estados Unidos, entre otros.

Si son fondos públicos los que financian el desempeño de funciones públicas, las obras originadas de tal cometido deben ser, en justicia, de público acceso y uso. Esto resulta tan válido para las

sentencias judiciales y leyes, como para los informes, programas y estudios públicos. El mismo razonamiento puede hacerse extensivo a las obras desarrolladas por terceros por encargo del Estado, salvo reserva de derechos.

Nuestra actual legislación no garantiza tal circunstancia, exponiéndonos de paso al complicado percance de establecer la titularidad de los derechos en documentos tales como resoluciones judiciales u otras. El dominio público ganaría en certeza de introducirse una razonable modificación como la siguiente propuesta.

f) Las obras creadas por empleados públicos como parte de su trabajo

g) Las obras creadas por encargo de un organismo público, salvo acuerdo en contrario.

De otro lado, se presenta un percance tratándose de las obras cuyo titular fallece sin dejar testamento ni herederos forzosos, ya que la determinación de los nuevos titulares impide hacer un uso posterior de las obras. De ahí la sugerencia de incorporar tales obras al patrimonio común, tal cual hacen análogamente otros países, tales como Argentina, Costa Rica y, con matices, México. El texto sugerido es:

h) Las obras cuyo titular fallezca intestado y sin asignatarios forzosos.

De otro lado, según consta en el antes transcrito artículo 11, son de dominio público “las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley”. Esto tiene bastante sentido si se considera que la renuncia de derechos está permitida como regla general cada vez que estos miran esencialmente a la satisfacción de un interés individual. En la especie, el titular del derecho renuncia a la protección de la ley, permitiendo que terceros puedan hacer un libre uso de su obra. Por su puesto ello es sin perjuicio de los derechos morales que competen al creador, los cuales son indisponibles.

Esta norma permite que los creadores y titulares de derechos puedan disponer con amplitud de los derechos que el ordenamiento jurídico les confiere; sin embargo entra en colisión con el artículo 86 que establece la irrenunciabilidad de los derechos patrimoniales.

Por consiguiente la propuesta específica mira a derogar el actual artículo 86 de la ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual.

Siempre con miras a fortalecer el dominio público y brindar certeza respecto de las obras que lo conforman, el proyecto de ley hace bien al modificar el actual artículo 10, disponiendo que la protección otorgada por la ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento. Sin embargo, el proyecto persiste en dos errores que merman la seguridad jurídica, esto son: primero, extender la duración de los derechos más allá del vencimiento de este plazo, cuando existiere cónyuge sobreviviente hasta la fecha de su fallecimiento; y, segundo, dar efecto retroactivo a la protección del cónyuge del autor.

Las normas recién indicadas tenían algún sentido en los años setenta, cuando los derechos de autor sólo se extendían por 30 años y era factible que al transcurrir tal plazo aún sobreviviera el cónyuge del autor. Hoy por hoy, cuando los derechos de autor se extienden setenta años por sobre la muerte del creador, tanto la prórroga como la retroactividad no se justifican. Pero aún estos errores, en que persiste la propuesta, sólo obstaculizan el apropiado uso de las obras que conforman el dominio público, pues obligan a hacer un verdadero ejercicio de arqueología antes de proceder al empleo de las obras, mermando significativamente la seguridad jurídica.

En razón de lo dicho, dijo, se propone que la redacción del artículo 10 se ajuste a los convenios internacionalmente suscritos por Chile en la materia, sin aditivos.

Por último, agregó, debe valorarse la iniciativa del Ejecutivo en cuanto prevé una disposición penal que garantiza el apropiado uso del dominio público. Se trata del artículo 80. Sin embargo, aun este artículo merece un ligero reparo, en su literal b), el cual sanciona a quien, con perjuicio a otro, reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común. En verdad la norma debía sancionar a quien se atribuye derechos patrimoniales sobre obras de dominio público, independientemente del perjuicio ocasionado a otro y aun cuando no reclame de ello. Por consiguiente se propone el siguiente texto en reemplazo del propuesto Artículo 80 b): “b) El que se atribuyere derechos patrimoniales sobre obras de dominio público.

La adecuada protección del dominio público resulta esencial para la preservación y difusión cultural, y las propuestas precedentes, sumadas a las ya contenidas en la propuesta del Ejecutivo, mejorarán el acceso a las obras de dominio público, brindando seguridad tanto a los usuarios finales de las obras, como a entidades que realizan gestión cultural (museos, bibliotecas, archivos) y a las mismas industrias culturales (tales como sellos editoriales).

2.- Prestador de servicio

El proyecto de ley que se informa, continuó, se hace cargo de los compromisos asumidos por Chile a través de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, estableciendo una reglamentación respecto de la responsabilidad de los prestadores de servicio de Internet en relación con la circulación de contenidos que infringen los derechos de autor. Esto evitará dejar la resolución del asunto al solo criterio jurisprudencial, todavía errático en la materia, y desde tal perspectiva constituye un avance normativo, particularmente para salvaguardar los intereses de los titulares de derechos de autor.

Sin embargo, la propuesta de implementación normativa contenida en el proyecto de ley va más allá de lo dispuesto en los compromisos internacionales asumidos por el país, imponiendo exigencias excesivas a los usuarios de Internet. En efecto, la ley establece que los prestadores de servicio deben adoptar medidas técnicas y organizativas para ver limitada su responsabilidad por la circulación de contenidos infractores. Ahora bien, ¿a quiénes se extiende tal responsabilidad?

Esta responsabilidad se extiende a los prestadores de servicio, los cuales el proyecto de ley conceptualiza, mediante la incorporación de una letra y) en el artículo 5 de la ley, que dice: “y) Prestador de Servicio significa, para los efectos de lo dispuesto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley, un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o un proveedor u operador de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes.”

Esta norma es una copia literal de la norma contenida en el Tratado de Libre Comercio (artículo 17.11.23 i), en su traducción al español, mediante la cual se pretendió extender estas obligaciones a las entidades que brindan conexión a Internet sin ser personas jurídicas, pues en derecho interno no se exige que tengan tal estructura legal. Sin embargo, el tenor literal va más allá del marco normativo interno, de la legislación de nuestro socio comercial, Estados Unidos, y del estándar adoptado en los demás países en la materia.

En efecto, señaló, la Copyright Act de Estados Unidos define prestador de servicios como “*an entity that offering the transmisión, routing, or providing of conexions...*”, vale decir, la ley aplica exclusivamente respecto de una organización empresarial o gubernamental, pero no de personas físicas determinadas. Los usuarios finales de Internet no quedan obligados a adoptar medidas técnicas u organizativas asociadas a los contenidos que circulan por Internet.

En el mismo sentido, la Convención contra el Cybercrimen, instrumento adoptado por el Consejo de Europa y abierto a su adhesión por terceros Estados, mediante la cual se pretende establecer estándares internacionales para la represión de delitos informáticos y la circulación de contenidos ilícitos (tales como pornografía infantil y otros), también pone obligaciones análogas a las previstas en el proyecto de ley sobre los prestadores de servicio de Internet. Sin embargo, tal obligación se hace recaer sobre “an entity”, una empresa que presta servicios, no sobre el usuario final de Internet.

Si el afán del legislador es admitir que una persona natural también puede intermediar servicios de Internet no es necesario hacer recaer toda la carga de obligaciones sobre cualquier usuario de la Red que brinde acceso a otros (v.gr., una empresa a sus trabajadores, un padre de familia a sus hijos y vecinos, un establecimiento educacional a sus docentes y alumnos), tal cual sugiere actualmente la norma propuesta. Basta con hacer recaer tales obligaciones en las empresas y compañías prestadoras de servicio de Internet, como hizo la reciente modificación legal en relación con los delitos de pornografía infantil.

En efecto, aclaró, mediante la ley N°19.927 relativa a los delitos de pornografía infantil, de 14 de enero de 2004, se modificó el Código Procesal Penal estableciendo la obligación de las “empresas telefónicas y de comunicaciones” de llevar registros de conexión y, previa orden judicial, interceptar comunicaciones electrónicas. Mediante tal ley se obliga a los prestadores de servicio de Internet a adoptar medidas técnicas y organizativas orientadas a la investigación de crímenes de la envergadura de la pornografía infantil, pero ni aun en tal caso se hace recaer tal responsabilidad en personas distintas de las empresas que en su giro cotidiano prestan servicios de comunicaciones.

Esta interpretación es consistente con la naturaleza de las obligaciones que se impone a los prestadores de servicio en la misma iniciativa legal. Así, por ejemplo, en el artículo 85 P, que establece que para gozar de las limitaciones de responsabilidad los prestadores de servicios, además, deberán, entre otras obligaciones haber adoptado una política que establezca de forma general las condiciones de término de contrato de aquellos usuarios que sean sancionados como infractores reincidentes, debiéndose encontrar a disposición de los usuarios en su sistema o red.

En síntesis, precisó, para lograr coherencia con nuestra legislación interna y, a la vez, cumplir con la obligación sustraída mediante el Tratado de Libre Comercio, conforme estándares razonables, se sugiere conceptualizar proveedor de servicio como sigue: “y) Prestador de Servicio significa, para los efectos de lo dispuesto en el Capítulo IV del Título III de esta Ley, una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes.”

Por otro lado, estando aún de acuerdo en la necesidad de establecer un régimen de limitación de responsabilidad de los

prestadores de servicio de Internet sobre la circulación de contenidos que infringen el derecho de autor, nos parece que los términos en que la propuesta del Ejecutivo resultan aún confusos.

En efecto, esta materia es reglamentada en los artículos 85 M a 85 U de la propuesta, en los cuales se observan serios problemas de redacción que oscurecen el sentido de las normas. Así por ejemplo, y entre otros:

El propuesto artículo 85 Ñ alude a “una tecnología legal” (sic) utilizada “en conformidad con la ley”, lo cual induce erradamente a suponer que la ley ha adoptado determinados estándares tecnológicos;

El inciso final del propuesto artículo 85 O, hace suponer que el conocimiento efectivo requiere el no cumplimiento expedito de la orden judicial;

El propuesto artículo 85 Q alude a la práctica de diligencias orientadas a detectar y perseguir delitos o “prácticas constitutivas de ejercicios abusivos de los derechos de autor o conexos reconocidos por esta ley” (sic).

El propuesto artículo 85 T permite a los titulares de derechos o sus representantes legales requerir judicialmente a un prestador de servicios la entrega de toda la información que posea que permita identificar al supuesto infractor, con observancia de lo dispuesto en la ley N°19.628 de protección de datos de carácter personal. Aun cuando la alusión a la Ley sobre protección a la vida privada resulta pertinente, es absolutamente inapropiado y dará pie a equívocos la falta de determinación precisa del destinatario de información, particularmente dado las extensas facultades de tratamiento de datos previstas en el artículo 20 de la ley 19.628.

El propuesto artículo 85, U inciso segundo, tiene una redacción confusa que no se condice con su fuente formal –el artículo 17.11.23 G del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos-.

Nos resta sólo manifestar interés en contribuir al perfeccionamiento de las disposiciones referidas; sin embargo, los términos de las mismas aún resultan confusos, cuando no erráticos, para suponer una contribución específica a su respecto.

3.- Estatuto del software

Las normas sobre derecho de autor, puntualizó, no sólo regulan las facultades que se confieren a una persona respecto de una creación artística, cultural o literaria, sino también dicen relación con los derechos que se tienen sobre nuevas aplicaciones tecnológicas, tales como una base de datos, o sobre un conjunto de instrucciones destinadas a controlar un sistema informático, también denominado software o programa de ordenador.

El proyecto de ley en examen introduce modificaciones en el estatuto de derechos de autor sobre el software: en primer lugar, en lo concerniente a la titularidad de derechos sobre el software desarrollado por encargo; y segundo, mas no menos importante, a las excepciones o limitaciones al derecho de autor en relación con los programas de ordenador. Examinemos brevemente ambas.

El texto actual del artículo 8°, inciso tercero, de la ley N°17.336 establece que “Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero para ser comercializados por su cuenta y riesgo, se reputaran cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.”. Entonces, la regla es que, tratándose de un

software que no tenga pretensiones de ser objeto de comercialización por quien le encarga, los derechos se radiquen en el desarrollador. En cambio, al existir finalidad comercial la ley altera tal titularidad.

Por su parte, el texto propuesto de reforma a la ley que comentamos establece algo radicalmente distinto: sea que el software haya sido encargado o no a efectos de su comercialización ulterior, la titularidad de los derechos se radica en quien lo encarga. Dice la disposición propuesta “Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputarán cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.”.

Lo interesante de este cambio de titularidad es que viene a alterar el modelo de negocios del desarrollo de software. En lo sucesivo, salvo disposición en contrario, las empresas desarrolladoras o desarrolladores individuales perderán los derechos de autor sobre las aplicaciones o software que desarrollan por encargo, y no podrán hacer uso de él para efectos de realizar un desarrollo posterior para sí o para terceros. Eso los obligará a partir siempre desde cero, cada vez que desarrollan software por encargo, impidiéndoseles hacer uso de sus desarrollos precedentes, ya que estos serán de titularidad de quienes se lo encomendaron.

En verdad se carece de un estudio empírico que avale un cambio como el mencionado; ni tampoco existe alguna evaluación del Gobierno acerca del impacto que una modificación como la propuesta podría tener para el desarrollo local de software. Tampoco, lamentablemente, se han tenido a la vista las observaciones de alguna de las agrupaciones locales de software, sino tan sólo las de la Asociación de Distribuidores de Software, que representan los intereses de las compañías multinacionales, pero no los de productores locales.

Si el objetivo de la ley es la protección de los derechos de los autores, dijo, en el caso del software la titularidad de derechos debía radicarse, en principio, en los desarrolladores y no en quien lo encarga. De ahí la necesidad de formular prevenciones respecto de la alteración del actual texto de la ley en la materia, razón por la cual se sugiere eliminar del proyecto el propuesto artículo 8°, inciso tercero, de la ley N°17.336, conservando su actual redacción.

Un segundo punto, agregó, concerniente al estatuto del software, al cual se extiende el proyecto, es el relativo a excepciones y limitaciones al derecho de autor: en este punto nos detendremos sólo en aquellas concernientes específicamente a software, dejando reservado el análisis de las restantes para el apartado posterior.

El actual texto de la ley asegura la copia de respaldo (back-up) y la copia indispensable para la ejecución del programa (carga), así como la posibilidad de introducir modificaciones necesarias para el funcionamiento del programa en determinado equipo. Estas tres excepciones, tal cual se reconocen actualmente en nuestra legislación, son ampliamente aceptadas en el derecho comparado; así se constata entre otras en las normativas de Estados Unidos, Brasil, México, Costa Rica y la Unión Europea, entre otros. De ahí la necesidad de preservarlas en nuestra ley.

En cambio, el texto sugerido por el Ejecutivo incurre en una confusión respecto del alcance de cada una de tales excepciones. Así, extiende la usual excepción de modificación necesaria y prescinde de la excepción de carga del software en el sistema en que será empleado. De ahí la sugerencia de prescindir de la modificación sugerida 71 P a), manteniendo en cambio la actualmente contemplada en el artículo 47 incisos segundo y tercero de la ley.

Respecto de la necesaria excepción de ingeniería inversa, hoy ausente en nuestra legislación, es imprescindible su inclusión en la reforma. Su sola inclusión en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos es prueba de la urgencia de su incorporación en nuestra legislación interna.

Finalmente, dijo, cabe aludir a la excepción del artículo 71 P letra c), conforme al cual se exceptúan las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del computador sobre el que se aplica. Esta excepción, que no se contempla actualmente en la legislación, como tal constituye un progreso; sin embargo se le confiere un alcance demasiado restringido, que no está acorde al estadio del desarrollo tecnológico: hoy un defecto en la seguridad o defecto en un software no incide solamente en la seguridad de un computador, sino que también afecta la seguridad en el funcionamiento de una red y eventualmente de otros programas.

De acuerdo a lo anterior, y siguiendo literalmente el texto del artículo 17.2.5. d) v) del Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos, se sugiere el siguiente texto en reemplazo del propuesto artículo 71 P letra c): “c) Las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del mismo u otros programas, de la red o del computador sobre los cuales se aplica”

4.- Excepciones y limitaciones al derecho de autor

Expresó que el principal acierto del proyecto de ley presentado por el Ejecutivo radica en la inclusión de nuevas excepciones y limitaciones al derecho de autor, las que se encuentran a ausentes o eclipsadas en el actual texto de la ley N°17.336 sobre Propiedad Intelectual, lo cual ocasiona una significativa merma para el pleno goce de derechos fundamentales de las personas, junto con menoscabar la competitividad país, al obstaculizar actividades calificadas de legítimas en la mayor parte del mundo civilizado.

El proyecto repara en la vergonzosa ausencia de una excepción que garantice a las personas discapacitadas el acceso a las obras, reconoce los derechos de ilustración y cita, se contemplan excepciones específicas para el funcionamiento de bibliotecas y museos, junto a las ya comentadas excepciones y limitaciones al derecho de autor específicas para el caso del software.

En lo concerniente a excepciones para bibliotecas, el proyecto incurre en algunos defectos que reducen significativamente el alcance razonable de las excepciones. Así opera, por ejemplo, al limitar la copia para uso personal del copista a simples “fragmentos”; al restringir ciertas excepciones a bibliotecas de “acceso público”, excluyendo la aplicación de las normas a aquellas que sirven al sistema educacional en todos sus niveles (básica, media y superior); al condicionar la traducción sin fines de lucro a su ejercicio por dichas bibliotecas, entre otras.

Con todo, señaló, el presente informe omite la revisión de tales excepciones, ya que sobre ellas actualmente se trabaja en una propuesta conjunta con el Colegio de Bibliotecarios de Chile A.G., la Asociación de Editores de Chile, la Comisión Asesora de Bibliotecas del Consejo de Rectores y ONG Derechos Digitales. Esta propuesta conjunta será entregada próximamente a la Comisión para su consideración en el debate legislativo.

En lo que resta nos detendremos en tres puntos: la excepción de citas (artículo 71 B de la propuesta), una sugerencia de excepción para determinados usos públicos y la excepción especial (artículo 71 R de la propuesta). Revisaremos cada una de tales excepciones en el mismo orden.

Rara vez se prevén excepciones específicas en los instrumentos internacionales sobre derechos de autor. Una de esas pocas excepciones es precisamente el denominado derecho de citas, que se contempla con carácter mandatario para los Estados partes en el Convenio de Berna, bajo los siguientes términos en su artículo 10 inciso primero: “Son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.”.

Como podrá apreciarse de la simple lectura de la disposición antes transcrita, el derecho de cita no tiene limitación alguna que atienda al fin del uso ni a la naturaleza de la obra en la cual se realiza la cita. En verdad la extensión de la misma no justifica poner trabas a su práctica, usual en actividades científicas, académicas, de la prensa y en la dictación de resoluciones judiciales, entre muchas otras.

Sin embargo, la propuesta del Ejecutivo persiste en una limitación innecesaria al respecto, pues condiciona el ejercicio del derecho de citas a que ellas se verifiquen “con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación”. En razón de lo expuesto, y dando cumplimiento prístino al estándar internacionalmente convenido en el Convenio de Berna de 1886, se sugiere eliminar la alusión a la finalidad, bajo la siguiente redacción: “Artículo 71 B. Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción de fragmentos de obras protegidas lícitamente divulgadas, siempre que se mencione su fuente, título y autor.”.

Enseguida, añadió, cabe considerar una excepción para el ejercicio de funciones públicas. En efecto, tanto la Copyright Act de Estados Unidos, como la Directiva de la Unión Europea relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, contemplan excepciones que admiten el uso de obras para fines de seguridad pública o para garantizar el correcto desarrollo de procedimientos administrativos, parlamentarios o judiciales, e inclusive asegurar una cobertura adecuada de dichos procedimientos.

El propio Tratado de Libre Comercio suscrito entre Chile y Estados Unidos, en su artículo 17.2.5 d) vii), admite el establecimiento de una excepción para llevar a cabo “actividades legalmente autorizadas que llevadas a cabo por empleados, funcionarios o contratistas de gobierno con el fin de aplicar la ley, realizar actividades de inteligencia o actividades similares de gobierno”.

En razón de lo expuesto, les parece oportuno el establecimiento de una excepción específica en la materia, que garantice, tal cual ocurre en otros países, el acceso y uso de las obras para el desempeño de la función pública. Al efecto se sugiere la siguiente redacción: “Artículo 71 S.- Es lícito el uso de obras para la ejecución de actividades legalmente autorizadas llevadas a cabo por empleados, funcionarios o contratistas del Estado con el fin de aplicar la ley, realizar actividades de inteligencia, verificar procedimientos administrativos, judiciales y legislativos.”.

Uno de los grandes aciertos de la propuesta del Ejecutivo, aseveró, consiste en la propuesta del artículo 71 R, conforme al cual se admiten excepciones distintas a las precedentemente enumeradas,

siempre que se cumpla con la denominada “reglas de los tres pasos”, esto es: circunscriban a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución y del fonograma, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

La norma en cuestión reproduce las exigencias que el Convenio de Berna de 1886, los Acuerdos sobre Determinados Aspectos de la Propiedad Intelectual de relevancia para el Comercio suscritos en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y los Tratados Internet de 1996 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) exigen para las excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Es, por lo demás, concordante con cada uno de los referidos instrumentos internacionales.

La norma propuesta es también análoga a las que se constatan en el derecho interno de diversos países, entre los cuales cuentan Canadá, Australia y nuestro principal socio comercial, Estados Unidos. De hecho, el Tratado de Libre Comercio admite que los Estados partes prevean una excepción similar (Artículo 17.7.3); sin embargo, el este tratado es aún más radical que la conservadora propuesta del Ejecutivo, según cuanto posteriormente se expone.

Al respecto cabe hacer presente que el impacto de una norma como la prevista en el Artículo 71 R tiene un efecto bastante limitado, a diferencia del denominado fair use estadounidense, pues en nuestro país las resoluciones judiciales tienen eficacia relativa y no surten efecto sino respecto del caso concreto, mientras en Estados Unidos el sistema de precedentes judiciales va forjando una sólida doctrina que surte efecto inclusive para quienes no han sido parte en un juicio.

Por otro lado, una norma como el Artículo 71 R ya se contempla en nuestra legislación, en el actual Artículo 45 bis, si bien la redacción propuesta hace más nítido el cometido judicial en la materia, lo cual permitirá a los tribunales evitar la imposición de una sanción penal en aquellos casos en que el uso de una obra satisfaga la regla de los tres pasos. Esto último es particularmente relevante si se considera la desproporcionada intervención penal que originan inclusive usos no autorizados sin fines comerciales.

En efecto, el Tratado de Libre Comercio resguarda a los Estados partes para que mediante un procedimiento legislativo, o inclusive administrativo, se puedan establecer excepciones distintas de las previstas en la Ley (Artículo 17.2.5 d) i). De este modo, la Oficina de Copyright de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos puede establecer excepciones distintas a las previstas en la misma ley con una vigencia temporal y prorrogable de tres años, a fin de permitir la actualización de la ley sin necesidad de requerir un continuo pronunciamiento del Congreso.¹⁴

¹⁴ Así, v. gr. el pasado mes de noviembre de 2006, la Oficina de Copyright de la Biblioteca del Congreso de Estados Unidos autorizó la supresión de medidas tecnológicas de protección sobre las obras tratándose de los siguientes casos:

1. Obras audiovisuales incluidas en bibliotecas de centros educativos, universidades o centros de estudios audiovisuales, cuando se utilicen fragmentos de esas obras en el aula y con propósito educativo.
2. Programas informáticos y videojuegos distribuidos en formatos que hayan quedado obsoletos y que requieran los medios originales o hardware para ser accedidos, cuando se trate de preservar o archivar las obras digitales para una biblioteca o archivo.
3. Programas informáticos protegidos por dispositivos hardware cuando éstos ya no se fabriquen o no puedan repararse.
4. Obras literarias en formato de libro electrónico que no permitan la función de lectura en alta voz.
5. Firmware que liga teléfonos móviles a un determinado operador, cuando se pretenda poder utilizar otro operador distinto.
6. Grabaciones sonoras, y las obras audiovisuales asociadas a ellas, distribuidas en formato CD y protegidas por medidas tecnológicas que controlen el acceso a obras legalmente adquiridas y creen o exploten fallos de seguridad o vulnerabilidades, cuando la desprotección sea motivada por

Sobre la base de lo precedente, cabe considerar todavía al Legislativo la posibilidad de conceder de facultades análogas a las de la Oficina de Copyright de Estados Unidos para que alguna(s) repartición(es) pública(s) autorizará(n) temporalmente determinados usos de las obras ante circunstancias calificadas.

5.- Intervención judicial

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo también incluye nuevas disposiciones mediante las cuales se incrementan las sanciones penales por los actos que infringen los derechos de autor y se establecen normas procesales para el juzgamiento de tales ilícitos. A su respecto también cabe formular algunas observaciones.

Respecto de la sanción penal, dijo, lo primero que salta a la vista es la incoherencia sistémica del artículo 79 propuesto. En efecto, este artículo vulnera el principio de lesividad, según el cual la intervención penal se justifica sólo cuando la entidad del daño no puede ser reparado por un medio menos aflictivo que la sanción penal. Aquí, en cambio, el número 1 no fija un mínimo de perjuicio que impida la configuración del delito, lo cual priva de todo sentido al artículo 78, ya que la hipótesis prevista en éste nunca tendrá lugar.

Esta disposición, el artículo 79, también vulnera el principio de proporcionalidad en relación con la figura penal que le sirve de sustento: el hurto. La intención legislativa es homologar las sanciones del hurto a las de la utilización no autorizada de las obras, pero en verdad las penas sobrepasan las previstas para el hurto en el artículo 446 del Código Penal y no contemplan una salida similar al hurto falta del artículo 494 del Código Penal. Peor aún si consideramos que en el hurto, a diferencia de las infracciones al derecho de autor, hay una apropiación que impida el goce de la obra por su legítimo titular y que, adicionalmente, en las infracciones al derecho de autor puede inclusive no mediar enriquecimiento (v. gr. en todos aquellos casos en que la conducta no obedece a fines de lucro).

Así pues, es urgente una revisión a las penas contempladas en el proyecto de ley, a fin de que guarden armonía con las usualmente previstas en el sistema penal, por un lado, y no conduzcan a una excesiva intervención penal, tal como pretende la incriminación de conductas que si bien infringen la ley lo hacen sin fines comerciales. En este último evento debe, por aplicación del principio de subsidiariedad del derecho penal, aplicarse preferentemente sanciones civiles.

Un segundo reparo a las disposiciones penales propuestas por el Ejecutivo dice relación con las normas sobre determinación de penas. La escala de sanciones está asociada al monto del perjuicio ocasionado, el que, a su vez, se determina sobre la base del valor legítimo (sic) de venta al detalle de los objetos protegidos. En este punto el proyecto del Ejecutivo muestra un inequívoco sesgo, pues obvia que no todas las obras amparadas por la ley pueden ser valoradas por su precio de venta en el mercado. Veamos algunos ejemplos.

Al fijarse las sanciones penales conforme el valor de venta de los objetos protegidos, la ley priva de protección penal a aquellas obras que utilizan licencias abiertas o libres que autorizan determinados usos libremente sin mediar pago. Por ejemplo, en el caso de usos que infringe la ley tratándose de software libre (tal como Open Office, Ubuntu, Red Hat y las múltiples aplicaciones Linux). Lo grave radica en que estas obras, de acuerdo a la propuesta del Ejecutivo, quedan sin amparo penal y el amparo civil puede ser insuficiente si las ganancias obtenidas con la infracción superan los costos de eventuales indemnizaciones.

pruebas de buena fe, investigación o corrección de tales fallos de seguridad o vulnerabilidades.

Por otro lado, añadió, al fijarse la sanción de acuerdo al valor de “venta al detalle” de los bienes infringidos se originarán serios inconvenientes con obras con un mayor valor de tasación o que no se comercializan al menudeo. V. gr., tratándose de obras plásticas o pinturas, de la adquisición de un Sammy Benmayor o un Roberto Matta.

Así como es imperioso revisar la entidad de las penas propuestas por el Ejecutivo, es también necesario contemplar reglas para resolver casos como los propuestos, en que las obras no resultan justipreciadas de atenderse exclusivamente al “valor de venta al detalle”.

Por otro lado, esta vez entrando en el las normas procesales establecidas en la propuesta del Ejecutivo, conviene detenerse en tres de ellas, todas concernientes a elementos de prueba: el agente encubierto del artículo 85 G, la presunción del artículo 85 I, y la prueba confesional del artículo 85 J.

En primer término, el artículo 85 G admite la posibilidad de acudir a la figura del agente encubierto para efectos de la investigación criminal. Cabría considerar que este mecanismo tiene diversas prevenciones de política criminal, razón por la cual suele limitarse su empleo a hechos de alta connotación criminal, tal como los previstos precisamente en la ley 20.000 sobre drogas. La gravedad media de los ilícitos contemplados en la ley 17.336, junto al hecho de que en gran parte de estos delitos se aplican salidas alternativas, levantan dudas en cuanto a la necesidad recurrir a este tipo de mecanismos para proteger los derechos de autor.

En segundo lugar, tenemos la norma del artículo 85 I que viene a establecer una presunción de vigencia de los derechos de autor. La norma no tiene justificación alguna en nuestro sistema jurídico, ya que las obras gozan de protección automática por la ley. De este modo, la norma propuesta puede ser eliminada, sin que se resienta un ápice nuestro ordenamiento.

El artículo 85 J, conforme al cual se admite que en los procedimientos civiles, el tribunal podrá ordenar a él o los presuntos infractores la entrega de toda información que posean respecto a las demás personas involucradas en la infracción, así como todos los antecedentes relativos a los canales de producción y distribución de los ejemplares infractores, pudiendo aplicar multas a quienes se nieguen a entregar dicha información. Esta norma es francamente innecesaria e inconstitucional.

En efecto, la norma del artículo 85 J resulta inconstitucional, porque obvia la conexión heterogénea entre los procedimientos judiciales, esto es, que una misma circunstancia puede tener relevancia civil y penal a la vez. Esto es particularmente efectivo tratándose de infracciones al derecho de autor, ya que conforme a la propuesta inclusive infracciones sin fines comerciales que ocasionan un perjuicio ínfimo dan pie a responsabilidad penal. Y bien, según se recordará, tanto instrumentos internacionales sobre derechos humanos como la Constitución Política y el reciente Código Procesal Penal prohíben la declaración bajo juramento del imputado o acusado sobre hechos propios.

Por otro lado, acotó, la norma del artículo 85 J es innecesaria, pues si lo que se requiere es disponer de pruebas para efectos civiles a partir del silencio de quien es citado a confesar, pues en tal caso bastan las normas actualmente vigentes del Código de Procedimiento Civil relativas a la confesión judicial.

6.- Miscelánea

El proyecto de ley presentado por el Ejecutivo también refiere a la determinación de las tarifas generales por las entidades de gestión, admitiendo que las diferencias puedan ser sometidas a arbitraje.

Esta iniciativa procura hacerse cargo de las observaciones que se han hecho por los órganos que velan por la libre competencia en la materia, lo cual parece apropiado tratándose de la determinación de precios entre entidades de gestión y usuarios que están obligados a llevar planillas por el uso masivo de obras.

Una primera observación dice relación con la exigencia de que el arbitraje forzoso solo proceda cuando la entidad de gestión colectiva haya sido declarada dominante por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Los costos asociados a la obtención de una declaración de tal naturaleza constituirán un serio obstáculo para la concreción de la hipótesis, lo que debía invitarnos a razonar en cuanto a prescindir de tal exigencia.

En segundo término, puede constatarse que el proyecto nada dice respecto de la determinación del precio tratándose de otros usuarios, tales como restaurantes, fuentes de soda y establecimientos educacionales. El proyecto hace suponer que no es necesario intervenir en ese entorno, cuando en verdad ello es necesario. Al efecto convendría citar la jurisprudencia encontrada en torno al cobro de derechos a aquellos establecimientos que se limitan a tener encendido un radiotransmisor dentro del mismo.

Sería conveniente, dijo, por último, que el proyecto también contemplará algún mecanismo destinado a regular los precios tratándose de tales usuarios, sin que ello implique pasar por la decisión unilateral de una entidad de gestión, y que se hiciese cargo de casos como el propuesto, en que la jurisprudencia se muestra aún oscilante. Por ejemplo, tratándose de usuarios sin obligación de llevar planilla, la tarifa podría ser fijada por la autoridad pública sobre la base de criterios análogos a los explicitados en la propuesta del Ejecutivo y tras consulta pública a los interesados.

DOÑA CAROLINA ARANCIBIA, REPRESENTANTE DE LA CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE

Señaló que la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo de Chile F.G.N. ha trabajado permanentemente en el combate contra la piratería, la falsificación, el contrabando y el comercio ilegal en general, apoyando toda acción que permita enfrentar en forma concreta los problemas que aquejan tanto a los derechos de autor como al comercio formal y establecido.

Se debe insistir que consideran que toda acción de compra y/o venta fuera de los márgenes legales debe ser considerada como comercio paralelo, por lo tanto, ilegal y absolutamente sancionable.

De acuerdo a nuestro último estudio sobre comercio ambulante, dijo, el total de vendedores a nivel nacional contabilizados en diciembre 2005 aumentó en un 12,8% respecto de diciembre del 2004, dura realidad para el comercio establecido ya que este flagelo es el que lucra gracias a la piratería de productos, como libros, cd's o software, atropellando constantemente los derechos de propiedad intelectual y transgrediendo día a día los tratados comerciales firmados por Chile ya que las cláusulas que protegen estos derechos son sumamente rigurosas y valoradas a nivel internacional, lo cual lo transforma en un problema país.

Cada año tenemos invaluable pérdidas en términos de evasión tributaria, lo que sin duda afecta a todo el conglomerado social. De acuerdo a la cifras manejadas por la Comisión Nacional Antipiratería, en Chile el comercio ilegal transa montos superiores a los US

\$1.000 millones, incluyendo productos y bienes robados, contrabando y falsificación o piratería, lo que significa una defraudación fiscal, sólo por concepto de I.V.A., sobre los US \$190 millones.

En este mismo sentido, agregó, parecen lamentables las estadísticas que Latinoamérica y Chile ostentan en la materia. Según el estudio realizado por la Business Software Alliance, en Latinoamérica la tasa de piratería de software alcanza un 66% versus el 22% de Norteamérica. En el mismo estudio, nuestro país ostenta el triste record de ser el cuarto país de Latinoamérica con mayores índices de piratería en software. Tal situación se repite en materia de cd's musicales, películas, libros y perfumes, entre otros artículos.

Lo que también consideran de gravedad es que más del 50% de los compradores de este tipo de productos admite saber que se trata de una actividad ilegal, que al adquirir tales productos está cometiendo una falta, y sin embargo, de igual manera incurren en ella, y eligen adquirir productos pirateados, sin considerar que al hacerlo de una u otra manera están cometiendo un hurto intelectual, del mismo modo que si fueran a una tienda y sustrajeran cualquier artículo sin pagar.

Es absolutamente necesario que se tome conciencia de que la piratería es un problema que afecta a la sociedad en su conjunto, por cuanto como hemos visto las redes de piratería alimentan al comercio ilegal presente en nuestras calles y que como todos sabemos deriva en situaciones que propician la comisión de diversos delitos relativizando el concepto de delito. Afectan además, en especial, al autor de una obra o pequeño empresario que se esfuerza por trabajar dentro de la legalidad viendo, a su pesar, que otros se enriquecen sin cumplir con ninguna normativa apareciendo más atractivo transformarse en ilegal.

La Federación Gremial Nacional, puntualizó, en virtud de lo ya expuesto, considera de suma relevancia el proyecto de ley sobre propiedad intelectual presentado por el Gobierno, para introducir modificaciones en la ley N°17.336 ya que, en términos generales, mejora la legislación vigente contra la piratería permitiendo adecuar algunas normas contempladas y comprometidas en el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, entre otros acuerdos comerciales.

Es por ello que, en general, les parece que el proyecto va en la dirección correcta, sin embargo, hay ciertos puntos que nos merecen reparos, especialmente en materia de las "Limitaciones y Excepciones al derecho de Autor y a los Derechos Conexos", donde atendiendo diferentes criterio se flexibiliza en exceso la posibilidad de fotocopiar libros o adaptarlos.

En particular se refieren al Artículo 71 D que permite con demasiada libertad la reproducción, adaptación, distribución, comunicación al público y puesta a disposición de obras lícitamente publicadas sin remunerar ni obtener autorización del titular, amparándose en la necesidad de garantizar el acceso por parte de discapacitados a dichas obras ya que tras referirse a discapacitados visuales y auditivos, se inserta la expresión "o de otra clase", ambigüedad que podría permitir la comisión de abusos en la materia.

Otro artículo que merece observaciones, dijo, es el Artículo 71 J Letra A, que permite a las bibliotecas y archivos que no tengan fines de lucro, reproducir hasta un máximo de tres copias simultáneamente con el fin de preservar o sustituir, en caso de pérdida o deterioro, un ejemplar que se encuentre en su colección permanente. No vemos razón para permitir que se hagan tres copias para reemplazar un solo ejemplar ya que ello podría ser utilizado como una forma de ampliar en forma gratuita la cantidad de textos disponibles evitando la adquisición de originales.

En este mismo artículo en las letras B y C se coloca como limitante el hecho de que la obra no esté disponible en el mercado, sin embargo, no se precisa el número de copias autorizadas a reproducir ni se define lo que se entiende por “disponible en el mercado” (aldea globalizada).

Expresó que es sumamente necesario que en el reglamento que se dicte en relación a esta ley, se tenga especial cuidado al precisar conceptos tales como el “de fragmentos” presente en el artículo 71 K o de “un número razonable” en el artículo 71 L, pero principalmente en lo referente a la cantidad de impresiones permitidas.

En lo relativo a los delitos contra la propiedad intelectual, indicó que les parecía destacable la manera en que ha sido tipificada la piratería como delito, artículo 81, castigando a toda la cadena de producción y comercialización de estos productos.

Al analizar las penas establecidas para quienes comercializan al público los artículos pirateados, les parecen correctas, dijo; sin embargo, les parece improcedente que aquellos que fabriquen, importen, tengan o adquieran para su distribución comercial o alquiler estas mercaderías e, incluso, en el caso de que se configure el delito de asociación ilícita para incurrir en este tipo de conductas, sean sancionados con las mismas multas que aquellos que sólo venden directamente al público ya que los volúmenes de dineros ilícitos que manejan son considerablemente superiores.

Finalmente, el artículo 83 del proyecto, al hacer aplicables las normas penales sobre asociación ilícita a las conductas descritas por el Artículo 81, en la práctica ello no produce un real aumento de la penalidad ya que la pena máxima en los artículos 293 y siguientes del Código Penal, establecen también como pena máxima la reclusión menor en su grado máximo, es decir, cinco años, lo cual les parece insuficiente.

No obstante lo anterior, agregó, piensan que el proyecto está focalizado en sancionar la oferta pero nos parece imprescindible atacar también a la demanda con lo cual se cerraría el flujo de entrada de un mercado ilegal. De dicha forma se castigaría aumentando los costos y disminuyendo la percepción de beneficios por parte de ambos actores, compradores y vendedores.

Recordó, finalmente, que la delincuencia no sólo se expresa en los asaltos y robos a los locales de los asociados. También es delincuente quien piratea DVD, música, libros, software, muebles, fármacos, relojes, perfumes y decenas de otros productos. Es un delincuente económico.

DON FERNANDO SILVA, ABOGADO ASESOR DE LA ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS DE CHILE A.G.

Señaló que no puede soslayarse en el análisis del proyecto de ley hacer una primera referencia a un debate que se viene suscitando desde hace algunos años, que no es nuevo en el campo de la Propiedad Intelectual, pero que, en el último tiempo, quizás motivado por la introducción de posiciones mas extremas, impugna la importancia y el mérito que tiene la protección y el fortalecimiento de la Propiedad Intelectual como el medio más idóneo que tienen los países para promover el desarrollo de las creaciones artísticas e intelectuales y que forman la cultura de las naciones. Indebidamente, se pretende que el acceso a la cultura y a sus manifestaciones artísticas se propicie destruyendo o menoscabando un orden

jurídico en que los derechos de propiedad intelectual han alcanzado un sitio entre los denominados derechos básicos del hombre, y que han merecido su reconocimiento tanto a nivel de normas constitucionales y legales en los ordenamientos internos, como, asimismo, su reconocimiento y protección en una gran cantidad de Acuerdos y Tratados Internacionales que nuestro país, por lo demás, ha suscrito y ratificado.

Aplicando lo expuesto al campo de las creaciones y producciones musicales, agregó que éstas no se fomentarán y desarrollarán conculcando los derechos de los creadores y productores. La industria musical en el país vive una de sus crisis más aguda, producto del acceso masivo que tiene su población, gracias al desarrollo de las nuevas tecnologías de reproducción y transmisión, a copias y descargas ilícitas que impunemente se transan.

No están, en consecuencia, dijo, en condiciones de compartir con aquéllos que piensan en que deben atenuarse nuestros derechos o sus estándares. Por el contrario, desde hace mucho tiempo solicitan un adecuado nivel de observancia de los mismos, puesto que, como es de público conocimiento, éstos desde hace también mucho tiempo vienen siendo conculcados e infringidos con casi total impunidad.

En este sentido valoran la iniciativa del Ejecutivo que pretende establecer medidas efectivas que garanticen un adecuado nivel de protección mediante acciones civiles y penales para la observancia de los derechos de autor y derechos conexos. En relación con esta materia, sin embargo, formulan las siguientes observaciones generales, sin perjuicio de las que posteriormente harán presente durante la etapa de discusión del proyecto:

Aseveró que atendida la circunstancia de que la piratería ha alcanzado su mayor dimensión en las redes digitales, es preciso establecer tipos penales especiales que la repriman. El delito de piratería previsto y sancionado en el artículo 81 del proyecto sólo estaría referido a la piratería de soportes físicos.

En el artículo 79 debiera mantenerse la penalidad actualmente en vigencia consistente en la aplicación de penas copulativas de privación de libertad y de multa, por lo que se sugiere modificar la penalidad propuesta para el caso previsto en el N°1 del nuevo artículo 79, que establece una penalidad alternativa de prisión o multa.

En los trabajos preparatorios de los denominados Tratados OMPI sobre Internet se reconoció que para una aplicación eficiente de los derechos respecto de las utilidades digitales de obras y producciones, era menester la ayuda de medidas tecnológicas de protección y de información electrónica sobre la gestión de derechos necesarios para licenciar y monitorear tales utilidades. Es por ello que los artículos 11 y 12 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y los artículos 18 y 19 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, ambos Tratados suscritos y ratificados por Chile, contemplan disposiciones que obligan a los Estados contratantes a proporcionar protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir tales medidas tecnológicas. Similares disposiciones contempla el párrafo 5° del artículo 17.7 del TLC suscrito con Estados Unidos. El proyecto de ley en sus artículos 84 y 85 reproduce con algunas variantes los actuales artículos. 81 bis, 81 ter y 81 quater de la ley de Propiedad Intelectual, que dicen relación con el tema de la gestión de derechos, eliminando la pena privativa de libertad en el caso de los delitos en ellos contemplados, la que debiera reponerse. El proyecto no contempla, sin embargo, agregó, responsabilidades civiles o penales respecto de acciones destinadas a eludir las medidas tecnológicas utilizadas por los titulares con el fin de restringir utilidades no autorizadas

por éstos, razón por la cual y dada la importancia de esta materia, proponen su tratamiento y el establecimiento de tipos penales especiales.

En lo que concierne al cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios causados por la infracción a los Derechos de Autor y Conexos, no concuerdan con la solución planteada en el artículo 85 E del proyecto por considerarla, por una parte, muy compleja como también restrictiva. Por este motivo, es que solicitan una especial revisión de esta materia.

Agregó que uno de los problemas prácticos que se plantean en el curso de las acciones judiciales por infracción a los Derechos de Autor y Conexos, dice relación con la acreditación de la titularidad de los derechos y con la vigencia de la protección de las obras, producciones o demás prestaciones. Sobre el particular, hay dos disposiciones del proyecto que de una manera parcial lo tratan: a) por una parte, el propuesto inciso final al artículo 72 de la ley que se refiere al uso del símbolo ©, el que tiene su origen en el artículo III de la Convención Universal sobre Derecho de Autor; y b) el artículo 85 I del proyecto que considera vigente los derechos sobre una obra, cuya primera fecha de publicación sea inferior a 70 años, propuesta que se hace en cumplimiento de lo convenido en la letra b) del párrafo 6º del artículo 17.11 del TLC suscrito con los Estados Unidos. Estiman que este tema debiera complementarse aplicando, por una parte, los artículos 11 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Interpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, conocida como “Convención de Roma” y con lo dispuesto en el artículo 5º del Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas, conocido también como “Convenio Fonogramas”, respecto del uso del símbolo (P) seguido del año de la primera publicación. Por otra parte, agregó, también debería ponerse en aplicación no sólo lo dispuesto en la letra b) del párrafo 6º del artículo 17.11 del TLC suscrito con los Estados Unidos, sino también lo establecido en la letra a) del mismo artículo que preceptúa que la persona natural o entidad legal cuyo nombre es indicado como el autor, productor, intérprete o ejecutante o editor de la obra, interpretación o ejecución o fonograma, se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, titular de los derechos de dicha obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Es del caso que el proyecto de ley en cuestión dedica dos tercios de su texto a otras materias que dicen relación con excepciones y limitaciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos, como también a establecer limitaciones de responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet. Al respecto formulan los siguientes comentarios y observaciones generales:

El tema de las excepciones y limitaciones en el campo del Derecho de Autor y Conexos ha sido siempre una materia compleja, por lo que consideran de la mayor importancia que éstas sean cuidadosamente examinadas, en especial para dar debido cumplimiento al rango de garantía constitucional que el derecho de autor ostenta en virtud de lo dispuesto en el Nº 25 del Artículo 19 de la Constitución Política y a lo establecido en los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por Chile, cuyas preceptos, por regla general, sólo las permiten en relación a determinados derechos, para casos especiales y siempre que no atenten contra la normal explotación de la obra o prestación protegida, como tampoco causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses de los titulares. Estos requisitos son los conocidos comúnmente como la regla de los tres pasos.

En virtud de lo dicho precedentemente, acotó, parece admisible jurídicamente las excepciones genéricas contempladas en el artículo 71 R del proyecto, puesto que éste ni siquiera establece o regula los casos especiales en las que procederían, las que quedarían aparentemente al

mero arbitrio de los usuarios de las obras y prestaciones protegidas. Una disposición legal de esta naturaleza no sólo sería inconstitucional, sino que colisionaría claramente con los compromisos internacionales suscritos por el Estado de Chile.

Consideran, dijo, de la mayor importancia que las excepciones y limitaciones se encuentren debidamente acotadas, referidas a casos especiales y a obras determinadas, como asimismo a utilidades que no involucren la comunicación o puesta a disposición al público de tales obras, las que por su naturaleza y por el empleo de redes digitales, permitirían el acceso masivo e irrestricto de tales obras a todo tipo de usuarios, con lo que obviamente se estaría vulnerando no sólo el espíritu del legislador al establecer una determinada excepción o limitación, sino también la regla de los tres pasos antes referida, lo que traería por consecuencia la ilicitud de tal excepción o limitación.

Atendido que la comunicación pública, conforme a la definición establecida en la letra v) del artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual, abarca la puesta a disposición de la obra al público, la excepción contemplada en el artículo 71 O del Proyecto, debiera restringirse exclusivamente a la ejecución pública de la obra o fonograma.

Por la misma razón expuesta en el punto 3) precedente, consideró que debiera modificarse el actual artículo 67 de la ley de Propiedad Intelectual, en el sentido de que éste debiera estar referido a la ejecución pública de fonogramas, excluyéndose del mismo, en consecuencia, cualquier forma de puesta a disposición del público de éstos.

El proyecto contempla un importante capítulo especial referido a la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, tratando una importante y compleja materia que ha sido objeto de gran debate en el último tiempo. En efecto, se ha tratado de conciliar la protección reconocida a los titulares de la propiedad intelectual con un grado de seguridad jurídica y económica que permita la normal operación por parte de los proveedores de servicios de intermediación de redes digitales, los que se ven involucrados en transacciones de contenidos protegidos por los derechos de propiedad intelectual. Para ello el proyecto propone una adaptación a nuestro sistema jurídico de la obligación contenida en el artículo 17.11.23 del TLC suscrito con Estados Unidos. Es del caso, sin embargo, que el texto del capítulo propuesto, establece limitaciones de responsabilidad generales y amplias, que se traducen en una verdadera inmunidad que excede los lineamientos de tal disposición del TLC y que puede menoscabar gravemente la protección de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. En consecuencia, proponen se realice una debida revisión de esta materia, en especial de lo dispuesto en el artículo 85 M del proyecto, con el fin que las limitaciones de responsabilidad propuestas queden restringidas a los términos convenidos en el TLC antes referido.

Finalmente, dijo, consideran inconducente el inciso tercero propuesto agregar al artículo 65 de la ley, por cuanto las diferentes autorizaciones a que se refiere, nunca se otorgan en forma conjunta, sino por separado por los correspondientes titulares, razón por la cual consideran que esta disposición carecería de todo sentido.

DON ANTONIO MARINOVIC, ABOGADO DE LA ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE VIDEOGRAMAS A.G Y DE LA CÁMARA DE DISTRIBUIDORES CINEMATOGRAFICOS A.G (CADIC).

Expresó que la Asociación de Distribuidores de Videogramas AG es una entidad sin fines de lucro, constituida legalmente el año 1987. Sus empresas miembros son en la actualidad: Video Chile S.A., LK-Tel Video S.A., ETV Ltda., Transvideo Films S.A. y GCO S.A., todas empresas chilenas que ostentan licencias de las más importantes productoras cinematográficas a nivel mundial, representando en conjunto aproximadamente el 95% del mercado de obras cinematográficas en formato de video en Chile.

Por su parte, dijo, la Cámara de Distribuidores Cinematográficos AG (CADIC), constituida legalmente el año 2005, es sucesora legal de la Cámara de Comercio Cinematográfico, entidad que comenzó sus funciones en el año 1932. Las empresas asociadas a esta Cámara son en la actualidad Andes Films (Disney, Sony y Columbia Pictures), Fox-Warner y UIP (Paramount y Universal Pictures). Su presencia en el mercado representa cerca del 90% de la distribución de obras cinematográficas en formato 35 mm. en el mercado nacional.

Es un hecho indiscutible que la tecnología digital e Internet han facilitado de manera sorprendente la copia y el comercio ilícito de obras cinematográficas en formatos digitales (discos ópticos, DVD, VCD, DVD-R, etc.).

Sostuvo que existen verdaderas mafias que obtienen enormes ganancias sin pagar impuestos, en franco perjuicio de los productores de cine y video, distribuidores, exhibidores, videoclubes y, en general, de todas aquellas actividades relacionadas con esta industria, así como el Fisco de Chile, que deja de percibir los impuestos respectivos (IVA, Impuesto Adicional a las Remesas, Impuesto a la Renta, etc.).

El actual marco legal vigente, esto es, la ley N°17.336 de 1970 y sus posteriores modificaciones, consecuencia de sus bajas sanciones (penas y multas), se ha tornado en una herramienta ineficaz, alcanzando un mínimo efecto disuasivo, creando en consecuencia, las condiciones necesarias para que la copia ilícita de obras cinematográficas (piratería) gane terreno día a día, llegando inclusive las personas que profitan de esta actividad a tomarse literalmente las calles de las ciudades, y a desplegar las más diversas formas de distribución y comercialización del material ilícito, incluyendo el sistema puerta a puerta en hogares, oficinas e instituciones públicas y privadas.

Las cifras que a continuación se entregan, enfatizó, evidencian la dramática situación descrita, pese a los grandes esfuerzos económicos y humanos realizados por la Industria Cinematográfica desde hace 20 años en el país, a través de una sostenida y permanente campaña legal anti-piratería en la cual se han interpuesto miles de querellas criminales en todo el país durante estos años.

- PÉRDIDAS PARA LA INDUSTRIA

Se estima que la Industria Cinematográfica en su conjunto (video y cine) pierde en Chile anualmente una cifra superior a 40 millones de dólares, en tanto que el Fisco sólo por concepto de IVA e Impuesto a las Remesas pierde más de 12 millones de dólares al año.

Debido a su difícil determinación, las cifras mencionadas precedentemente no incluyen el Impuesto a la Renta, Impuesto

de Primera Categoría, ni los ingresos que genera el arriendo de material ilegítimo en Video Clubes, venta callejera y puerta a puerta y la evasión tributaria consiguiente.

Cabe hacer presente, agregó, las grandes inversiones económicas que en los últimos años han efectuado las distintas empresas exhibidoras a lo largo de Chile, con el objeto de ofrecer salas de cines que cumplen los más altos estándares de calidad internacional, y que han permitido posicionar al cine como la actividad recreativa preferida de los chilenos, superando inclusive al fútbol; 10.720.000 espectadores durante el año 2006 son una prueba de tal aserto.

Sin embargo y paradójicamente en los 5 últimos años la asistencia a los cines se ha mantenido estancada e inclusive ha decrecido. En efecto, si consideramos que existe una oferta de 290 salas en el país, con un promedio de ocupación entre un 13,5 a 15%, que se traduce en 0,7 de visitas al año por habitante, tenemos un porcentaje sumamente bajo en relación con otros países del mundo, donde el promedio es superior a 2.

Dicho estancamiento se debe en gran medida al fuerte incremento en la venta de películas piratas en formato digital, muchas veces con antelación a la fecha de su estreno cinematográfico. Títulos como La Era del Hielo 2, Crónicas de Narnia, Sexo con Amor, Sub-Terra, Piratas del Caribe, etc., entre otras, han debutado en nuestras calles mucho antes que en el circuito cinematográfico, vendiéndose directamente copias piratas de las mismas en formato digital.

- ACCIONES ANTIPIRATERÍA EFECTUADAS POR ESTA INDUSTRIA.

Durante el año 2006 se realizaron 491 operativos orientados básicamente a laboratorios, distribuidores clandestinos de discos ópticos, vendedores callejeros y oferentes a través de *internet*, en los cuales la policía detuvo a 498 personas e incautó cerca de medio millón de películas en formato óptico (VCD, DVD-R) y 600 equipos computacionales provistos de quemadores de CD y DVD, incluyendo impresoras, *scanners*, etc.

Lo anterior demuestra la alarmante realidad de la piratería en el país y exige en consecuencia una normativa penal estricta y con herramientas eficaces para investigar y sancionar drásticamente a las personas involucradas en este negocio ilícito.

- EL PROYECTO DEL EJECUTIVO.

Ahora bien, el proyecto modificador de la ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual que el Gobierno ha enviado al Congreso Nacional (Mensaje Nº 5012-03) el pasado 23 de Abril, cumple en gran medida los anhelos legislativos sobre la materia, particularmente en lo que se refiere a la normativa que establece el Capítulo II, párrafos 1, 2, 3 y 4, correspondiente a las Acciones y Procedimientos.

Asimismo, el Capítulo III relativo a la Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet, constituye un gran avance en nuestra legislación sustantiva, al abordar temas no tratados ni regulados específicamente en la ley actual. Por consiguiente, aprecian, dijo, la iniciativa del Gobierno, particularmente del Ministerio de Cultura, al haber estudiado y desarrollado un proyecto que denota un claro interés en actualizar la normativa de la ley 17.336, nivelándola a estándares internacionales y dando cumplimiento a los Tratados vigentes, especialmente, al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América.

Sin perjuicio de lo anterior, estiman necesario manifestar el rechazo al Título III referente a las Limitaciones y Excepciones a los derechos de Autor y Derechos Conexos, por cuanto sus normas son imprecisas, inexactas y/o ambiguas, las que, en el evento de aprobarse tal como están redactadas, generarán controversia y abusos, perjudicando en definitiva a los autores, atentando contra su capacidad creativa.

Comentarios:

Título III, “Limitaciones y Excepciones a los Derechos de Autor y Derechos Conexos” (artículos 71 letras a-r)

Del estudio de la legislación comparada se puede comprobar que efectivamente casi todos los países del mundo contemplan normas de esta naturaleza, estableciendo un adecuado balance entre la necesidad de fomentar y facilitar el acceso a los bienes culturales, y la protección adecuada de los derechos de autor, de modo que estas excepciones o limitaciones no se transformen en un despropósito y, en definitiva, atenten contra los derechos garantizados en la Constitución Política del Estado (artículo N°19 N°25).

Comentario: 1.- Respecto de esta norma sugieren modificar la pena establecida, esto es, para aquellos casos en que el perjuicio es inferior a 4 Unidades Tributarias Mensuales, estableciendo una pena de prisión y multa de 10 a 100 UTM. Cabe señalar que la mayor parte de los vendedores ambulantes están dentro de esta hipótesis, de modo que en la práctica tendrían una sanción inferior a la establecida en la ley actual (presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 UTM). 2.- Ahora bien, en lo que se refiere a la figura del plagio, no es posible aplicar la graduación de la pena dependiente del perjuicio conforme lo establece este artículo, por cuanto es muy difícil determinar el monto del mismo y, en consecuencia, la pena aplicable. Sugieren que, tratándose del plagio de obras, debe establecerse una pena independiente del perjuicio, verbigracia: la del actual artículo 79 (presidio menor en su grado mínimo). ¿Qué ocurriría con el que plagia una canción o una escultura para ser presentada en un concurso? Cuáles serían los parámetros objetivos para determinar el daño?

Artículo 81 inciso primero.-

Sugieren incorporar a continuación de los videogramas, a los programas computacionales, del mismo modo que el actual artículo 80 letra b. Si bien es cierto el software está expresamente protegido (artículo 3, N°16 de la actual ley), no tiene sentido excluirlo en el artículo 81, ya que esta es una norma clave para la persecución de los delitos relativos a esta materia.

Artículo 85 C.-

Sugieren se incluya de manera explícita, a los "instrumentos y equipos utilizados para cometer el delito". (Ver artículo 139 de ley española).

Artículo 85 E.-

La redacción de esta norma fue tomada del artículo 140 de la Ley Española, sin embargo, esta es más clara y de mejor redacción. El cálculo de las utilidades es una operación muy compleja que no tiene por qué ser ventilada en juicio. Ley Española: El perjudicado podrá optar, como indemnización, entre el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación.

Artículo 85 F.-

Sugieren en este artículo incluir los instrumentos y equipos utilizados para cometer el delito.

Artículo 85 J.-

Creen que en la práctica este artículo no tendrá ninguna aplicación, ya que nadie puede ser obligado a dar información que involucre a terceras personas o que lo comprometa por esta vía.

CAPÍTULO III.

Limitación de Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Internet.

Las normas del propuesto Capítulo III “Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet” derivan en parte significativa del Capítulo Diecisiete del TLC con Estados Unidos de América el cual, a su vez, tiene su antecedente en la Digital Millennium Copyright Act. DMCA.

Artículo 85 M.-

Establece el principio rector de crear una limitación de responsabilidad que beneficia a los prestadores de servicios de *internet* en casos de infracciones a derechos de autor y conexos cometidas por terceros a través de sus sistemas o redes, siempre que los prestadores del servicio cumplan con los requisitos que la misma ley establece para cobijarse bajo este así llamado “puerto seguro”.

Artículo 85 Ñ.-

En este caso se refiere a los prestadores de servicios de almacenamiento de datos de carácter temporal y automático. Es de destacar que la letra b) entrega al Reglamento de la Ley, de posterior dictación, el determinar cuáles tecnologías permiten obtener información sobre el uso en línea del material almacenado, de entre aquellas disponibles y ampliamente aceptadas. Según el TLC (17.10.23 (d) (ii) tales medidas técnicas deben ser aprobadas “...por las autoridades pertinentes...”. Como se trata de tecnologías en constante evolución y desarrollo sería aconsejable que esté entregado su señalamiento a un órgano igualmente técnico (v.gr. subsecretaría de telecomunicaciones) y a un nivel normativo que resulte más flexible y mutable que el reglamento de una ley.

Artículo 85 P.-

Este artículo establece los requisitos generales que debe cumplir todo prestador de servicios para gozar de las limitaciones de responsabilidad señaladas en la ley. Hay que hacer notar, señaló, que el segundo de los requisitos generales contenido en la letra b) hace referencia a la obligación que sobre ellos pesa de “No interferir en las Medidas Tecnológicas de Protección y de gestión de derechos de obras protegidas aprobadas de conformidad al procedimiento que establecerá el reglamento.” En primer lugar, la referencia a Medidas Tecnológicas de Protección es inconducente debido a que no están reconocidas en la ley y sólo existe la obligación de incorporarlas a la legislación nacional, según el TLC con Estados Unidos, luego de cinco años de que entre en vigor el Tratado, esto es, enero 1 del 2009.-, por lo tanto, es una discusión para un futuro. (el TLC Chile – EE.UU entró en vigencia el 01/01/2004). En segundo término, y tratándose de información sobre gestión de derechos de obras protegidas, ya se encuentra definida en cuanto a su contenido en el Artículo 81 quater, y en el Artículo 85 que lo vendría a reemplazar, no siendo necesarias otras aprobaciones de conformidad con un procedimiento que establecería en el futuro el Reglamento de la Ley. En el caso de Información sobre la Gestión de

Derechos de Autor o DRMs, su contenido está igualmente explicitado el TLC con Estados Unidos (17.7.6 (b) del TLC) de manera que es indispensable se aclare que entiende el legislador y cuáles son los reales alcances de aquél “procedimiento que establecerá el reglamento” ya que intentando definir “medidas técnicas estándar” en relación con la materia de limitación de responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet (PSI), se utiliza en este artículo 85 P, una terminología muy específica, a saber, “medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos” -a diferencia de la nomenclatura que se emplea en el artículo 85 Ñ b)-, y que no resulta acorde con el TLC (17.10.28 (d) (ii) cuando éste se refiere a los requisitos generales para gozar del “puerto seguro”.

Entienden, sin embargo, dijo, como razón de la exigencia el temor del legislador de que por la vía de la Información sobre la Gestión de Derechos de Autor, los titulares pudieran imponer términos o condiciones de utilización de las obras que contravengan la ley, particularmente, en lo que dice relación con las excepciones reconocidas en ésta.

Artículo 85 R.-

Comentario al artículo 85 R, S, T y U: El procedimiento de notificación efectiva, “Notice”, y de retiro o inhabilitación de contenidos de terceros presuntamente infraccionales o “Take Down” se contempla en 23 letras (f) y (h) del TLC.

En 23 (g) se establece una exención de responsabilidad para el prestador del servicio que, de buena fe, retira o inhabilita el acceso a material de terceros aparentemente infraccional frente a cualquier reclamo que de ello resulte siempre que: notifique al proveedor del material que así lo ha hecho; restablezca el material en línea si el proveedor del material presenta una contra notificación efectiva por equivocación o identificación errónea y se someta a la jurisdicción de los Tribunales con competencia, a menos que el primer notificante busque obtener una reparación judicial en un tiempo razonable.

Notificación de Infracción (Notice).

En el proyecto, contenido en el Mensaje, el procedimiento de notificación efectiva (Notice) al prestador del servicio es el establecido en el artículo 85 R.

Se trata de una notificación que dimana de un procedimiento prejudicial o judicial seguido por el titular de derechos afectado o su representante legal y que se sigue ante el juez de letras en lo civil del domicilio del prestador de los servicios.

El TLC señala la obligación de “establecer en la legislación interna de las Partes, procedimientos adecuados 23 (g) mediante un proceso abierto y transparente” para la notificación y el proceso de bajada y para obtener en forma expedita de parte de un proveedor de servicio la información que este posea para identificar al supuesto infractor cuando los titulares de derechos de autor hayan efectuado una notificación efectiva de supuesta infracción cada Parte establecerá según el TLC 23 (h) un procedimiento administrativo o judicial que haga posible aquello. Esto está contenido en el artículo 85 T del proyecto de ley.

Retiro o bloqueo de contenidos infractores. (Take Down Procedure).

Dentro del procedimiento contemplado en el Proyecto se establece que el Tribunal Civil decretará, sin más trámite y dentro del plazo de 48 horas, -según el artículo 85 R-el retiro o bloqueo de los contenidos infractores, sin perjuicio de que se puedan solicitar como medidas

prejudiciales o judiciales, según los casos y sujeto al cumplimiento de requisitos generales y especiales, los que se indican en el artículo 85 S. (inhabilitación del acceso al material infractor; la terminación de cuentas del usuario; otras medidas que el Tribunal pueda considerar necesarias.

Sugerencia: Conociendo las falencias de nuestra realidad judicial y demora en la tramitación de los juicios, creen que sería preferible establecer un procedimiento administrativo específico para tratar y resolver estos temas.

DON ALEJANDRO CALOQUEREA, GERENTE DE LA CÁMARA DE EXHIBIDORES DE CINE. (Asociación Gremial que agrupa a las tres principales cadenas cinematográficas de Chile: CINEMARK, CINEHOYTS y CHILEFILMS-CINEMUNDO).

Expresó que en los años 90 se agravó una crisis de audiencias del cine que ya se venía produciendo en las décadas anteriores y se llegó a la cifra más baja de la historia, con poco más de 7 millones de espectadores en 1994. Esta caída solo se revirtió con la instalación de los complejos multisalas en la mayoría de las regiones de Chile, con una inversión que se estima en más de US\$ 100 millones, desde 1993 hasta ahora.

El crecimiento de la audiencia se mantuvo hasta el año 2004 con una cifra cercana a los 13 millones de espectadores, pero a partir del 2005 se estancó en una cifra inferior a los 11 millones anuales, y su principal causa ha sido la piratería.

Estimó que la pérdida provocada por la piratería en el sector de la exhibición de cine en Chile está en torno a los US\$ 25 millones anuales. Esto equivale al 50% de la cifra anual de ventas de las entradas al cine, que en los últimos años tiene un promedio de US\$ 50 millones.

En Chile se ha instalado una aceptación del consumo de productos piratas como una actividad válida, y por lo tanto exenta de crítica social. Se le ve como una vía para acceder a productos baratos y desechables, pero sin la menor consideración de los efectos que produce sobre los creadores y productores, y sobre el entramado de empleos que generan estas industrias. Actualmente ya no sólo encontramos los vendedores callejeros sino que están proliferando los vendedores con catálogos que visitan las empresas ofreciendo los DVD con películas pirateadas.

El otro grave daño que se está produciendo, dijo, es sobre la formación ética de nuestros hijos. Si aceptamos en nuestros hogares la compra de películas piratas, ¿con qué coherencia moral podremos educarlos en que copiar en los exámenes o comprar pruebas es inaceptable?, ¿cómo estamos educando a los niños y jóvenes de este país?

Por estas razones, apoyan el proyecto de modificación de la ley N° 17.336 (Boletín N° 5012-03), en todo lo referente a las medidas que allí se proponen para combatir a la piratería.

Consideran, por último, dijo, que para fortalecer esta nueva legislación se hace urgente desarrollar una batalla valórica que permita crear un rechazo moral a la piratería. Las empresas asociadas a la CAEM pueden apoyar esta batalla mediante la periódica exhibición en nuestras salas de cine de *spots* relacionados con los daños morales que provoca la costumbre de comprar películas piratas.

DON RAFAEL CUMSILLE PRESIDENTE DE LA CONFEDERACIÓN DEL COMERCIO DETALLISTA Y TURISMO DE CHILE.

Señaló que:

1.- El gremio del comercio detallista jamás se ha opuesto al derecho de los autores por sus obras musicales, pero estima que no corresponde pagar tributos de estas características cuando éstos ya han sido cancelados por las radioemisoras, los canales de televisión y compañías discográficas.

2.- Debe liberarse de pagos de derecho de autor a todos los establecimientos de empresarios mipymes cuyo rubro operacional no sea la música para poder funcionar.

3.- Debe obligarse a cancelar derechos de autor sólo a los establecimientos que tienen la música como rubro principal para funcionar.

4.- No es posible seguir aceptando las reiteradas presiones y amenazas de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor a los empresarios mipymes por el sólo hecho de sintonizar la radio o televisión abiertas. Más aún cuando el rubro principal no es la música y es utilizada para controlar la publicidad contratada.

5.- Debe dejarse sin efecto, de inmediato, las acciones judiciales de la Sociedad Chilena del Derecho de Autor en contra de los empresarios mipymes de nuestro país.

IV.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.

A) DISCUSIÓN GENERAL.

Teniendo en vista las consideraciones y argumentos contenidos en el Mensaje y las opiniones vertidas por las señoras Ministras e invitados, los señores Diputados **fueron de parecer de aprobar la idea de legislar sobre la materia.** Se estimó del todo necesario el establecimiento de medidas efectivas que garantizaran un adecuado nivel de protección para la observancia de los derechos de autor y derechos conexos, ante su frecuente infracción. Asimismo, considerar las excepciones y limitaciones a los señalados derechos de modo que se garantice el acceso a bienes culturales, tal como está reconocido en la mayor parte de las legislaciones internacionales; limitar la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, por las infracciones a tales derechos que se cometan por usuarios de estos servicios a través de sus redes, y establecer un nuevo estatuto jurídico para las infracciones, delitos y sanciones que establece la ley N° 17.336, considerando la imposición de sanciones eficaces, que disuadan

las prácticas ilegales asociadas a la piratería, la reproducción y distribución ilegal de obras o creaciones intelectuales y la falsificación de las mismas.

Puesta en votación general la idea de legislar se APRUEBA por unanimidad (9x0).

B) DISCUSIÓN PARTICULAR.

Artículo 1°.-

Introduce, mediante 10 números, en los términos que se señalan a continuación, diversas modificaciones en la ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual.

N° 1

Este número, que modifica su artículo 5°, fue objeto del siguiente tratamiento:

Su letra **a)**, que modifica su literal u), en el sentido de precisar que debe entenderse por reproducción la fijación permanente o temporal de la obra, **fue objeto de una indicación sustitutiva de los Diputados Escobar y Fariás, aprobada por unanimidad (12x0)**, donde se define la palabra reproducción como la fijación permanente o provisional de la obra, al ser éste su significado más propio, como, asimismo, se reemplaza la disyunción “y” por la conjunción “o”.

Su letra **b)**, que agrega un literal “y”, nuevo, que conceptualiza la palabra “prestador de servicio”, **fue objeto de una indicación sustitutiva de las Diputadas Allende y Nogueira, y de los Diputados señores Escobar, Díaz, don Eduardo, Aedo, Arenas, Jiménez, Díaz, don Marcelo, Jarpa, Uriarte y Vallespín**, donde se define con claridad que quienes tendrán esta categoría serán las empresas proveedoras del servicio de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea.

La letra, con la indicación, fue aprobada por unanimidad (11 x0).

Por igual quórum de votación se rechaza la letra b) del número 1 del artículo 1° del mensaje.

N° 2

Este número, que sustituye el inciso tercero de su artículo 8°, que expresa que respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputaran cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario, **fue aprobado por unanimidad, en los mismos términos (11 X 0).**

N° 3

Este número, que reemplaza los incisos primero y segundo de su artículo 10, estableciendo que la protección otorgada por esta ley es vitalicia y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de fallecimiento del autor, y hace extensiva la protección sólo al cónyuge sobreviviente, en su caso, luego del vencimiento de tal término, **fue**

objeto una indicación sustitutiva de las Diputadas señoras Allende y Nogueira y de los Diputados señores Díaz, don Eduardo, Vallespín, Escobar, Aedo y Díaz, don Marcelo, que elimina como beneficiario de esta protección al cónyuge sobreviviente, ya que tal redacción tenía sentido cuando el tiempo de protección se extendía sólo a treinta años, luego del fallecimiento del autor.

Este número, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (12 x 0).

Por igual quórum de votación se rechaza el número 3 del artículo 1º del mensaje, cuyo texto es el siguiente:

3) Reemplázanse los actuales incisos primero y segundo del artículo 10, por los siguientes:

“La protección otorgada por la presente ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento. En caso que, al vencimiento de este plazo, existiere cónyuge sobreviviente este plazo se extenderá hasta la fecha de su fallecimiento.

La protección establecida en el inciso anterior, tendrá efecto retroactivo respecto al cónyuge del autor.”.

Cabe hacer presente que el Ejecutivo explicó que la protección del software libre o de código abierto forma parte del sistema tradicional de protección de los derechos de autor contenidos en la ley N°17.336, de manera tal que cualquier utilización indebida constituiría una infracción a la ley de Propiedad Intelectual, siendo aplicables las sanciones establecidas. Por ello, las reformas propuestas por el mensaje son plenamente aplicables a los programas computacionales de código abierto o libre, también conocidos como software libre.

En este tipo de creaciones son los propios autores, quienes mediante una licencia contractual, autorizan a cualquier persona la realización de ciertas y determinadas utilidades de su programa computacional, permitiendo, por ejemplo, modificar, adaptar, distribuir o reproducir libremente el programa. En definitiva, se trata del ejercicio de la libertad individual de cada programador el determinar cómo quiere distribuir sus programas computacionales.

Nº4, nuevo

Este número, incorporado al **aprobarse por unanimidad (12 x 0) una indicación de las Diputadas señoras Allende y Nogueira y de los Diputados señores Díaz, don Eduardo, Vallespín, Escobar, Aedo y Díaz, don Marcelo**, agrega, además, como formando parte del patrimonio cultural común: las obras creadas por empleados públicos como parte de su trabajo, las obras creadas por encargo de un organismo público, salvo norma en contrario y las obras cuyo titular fallezca intestado y sin asignatarios forzosos.

Nº 4 (que pasa a ser 5)

Este número, que deroga los actuales Párrafo III (artículo 38 a 45 bis) y IV (artículo 46 a 47) del Capítulo V del Título I, referidos a la excepciones al derecho de autor, **fue aprobado, por unanimidad, sin cambios (12 X 0).**

Nº 5 (que pasa a ser 6)

Este número, que agrega un inciso tercero a su artículo 65, en orden a precisar que cuando es necesaria la autorización del autor de una obra incorporada a un fonograma y la autorización del artista, intérprete o ejecutante y del productor del fonograma, éstas deberán concurrir conjuntamente sin que una excluya a la otra, **fue objeto de una indicación complementaria del Diputado señor Farías** que elimina la exigencia de la autorización conjunta, ya que puede entenderse como una obligación de licenciamiento.

El número, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (13 x 0)

Nº 6 (que pasa a ser 7)

Este número intercala como nuevo Título III sobre “Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos” - pasando el actual Título III a ser IV-, y fue objeto del siguiente tratamiento:

Su **artículo 71 A**, que señala que cuando sea procedente las limitaciones y excepciones establecidas en este Título se aplicarán tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos, **fue aprobado, por unanimidad, sin cambios (10 x 0)**

Su **artículo 71 B**, que hace lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción de fragmentos de obras protegidas, que hayan sido divulgadas con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor, **fue objeto de una indicación sustitutiva del Diputado señor Farías, aprobada por unanimidad (10 X 0)**, que hace posible la inclusión en una obra, a modo de cita u otros, que precisa, de fragmentos de otras obras protegidas, siempre que hayan sido lícitamente divulgadas. El sentido es restringir el alcance que tiene el texto en su redacción original, y enfatizar el carácter fragmentario que debe tener la inclusión de la obra.

Su **artículo 71 C** que prescribe que es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción sin interés comercial de una obra fotográfica o plástica lícitamente divulgada, con fines de crítica, reseña, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione de manera legible su fuente, título y autor, **fue objeto de una indicación sustitutiva del Diputado señor Farías, aprobada por unanimidad (10 X 0)**, que hace posible la inclusión en una obra de otras obras fotográficas o plásticas lícitamente divulgadas, y siempre que se cumpla con las condiciones que indica. El sentido de la modificación es el mismo que el expresado tratándose del artículo anterior.

Los artículos 71 D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, Ñ y O, fueron aprobados, por unanimidad, en los mismos términos (10 x 0).

Contemplan, en las condiciones que indican, excepciones al derecho de autor. Aluden a personas con discapacidad; a lecciones dictadas en instituciones de educación superior; a demostraciones de audio; a reproducción de obras de arquitectura; a bibliotecas y archivos abiertos al público, que no tengan fines de lucro; a bibliotecas de instituciones educacionales o que sirvan a dichas instituciones; a inclusión en una obra para fines educacionales, en el marco de la educación formal o autorizada por el Ministerio de Educación, y a su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin interés comercial.

Su **artículo 71 P**, que establece las actividades relativas a programas computacionales que están permitidas, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, fue objeto del siguiente tratamiento:

Su **letra a)**, que se refiere a la adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor o autorizada por su legítimo dueño, siempre que la adaptación o copia sea esencial para su uso en un computador determinado, **fue objeto de una indicación complementaria de la Diputada señora Nogueira y de los Diputados señores Escobar, Jarpa, Vallespín, Uriarte y Egaña**, que suprime en el inciso primero la frase “en un computador determinado”.

Su **letra b)**, dice relación con actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional que se realicen con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo.

Su **letra c)**, que se refiere a las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del computador sobre el que se aplica, **fue objeto de una indicación complementaria del Diputado señor Escobar**, que amplía las actividades al funcionamiento o la seguridad de otros programas, de la red o del computador sobre el que se aplica.

El artículo, con las indicaciones, fue aprobado por unanimidad (10 x0).

Su **artículo 71 Q**, que señala que es lícita la reproducción temporal de una obra, incluido su almacenamiento temporal en forma electrónica, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, cumpliendo una serie de condiciones, **fue objeto de una indicación complementaria de la Diputada señora Nogueira y de los Diputados señores Escobar, Jiménez, Farías, Vallespín, Uriarte, Jarpa**, que reemplaza la palabra “temporal” por “provisional”, en las tres oportunidades que aparece.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (11x0).

Su **artículo 71 R**, que señala que serán admisibles excepciones distintas a las prescritas precedentemente, siempre que se circunscriban a casos especiales, que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, **fue objeto de una indicación sustitutiva de las Diputadas señoras Allende y Nogueira, y de los Diputados señores Farías, Arenas, Espinosa, don Marcos, De Urresti, Jiménez, Vallespín, Díaz, don Marcelo, Uriarte y Ortiz, aprobada por mayoría de votos (13 a favor y 1 abstención)**, que precisa los casos especiales en que procederá la excepción, esto es, cuya única finalidad sea la información, la investigación, la educación formal, la crítica o la parodia.

Tal como se señala en el mensaje, la propuesta del Ejecutivo confiere una autorización legal para establecer nuevas excepciones al derecho de autor, en casos especiales, que no afecten la normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses del titular.

Cabe consignar que se cuestionó la necesidad de incorporar una norma tan amplia como la propuesta, ya que ésta podría implicar una afectación indebida de los derechos de titulares y autores de obras intelectuales; por la otra parte, se sostuvo que la referida norma era necesaria atendido el importante nivel de desarrollo tecnológico y la necesidad de garantizar un marco adecuado de protección de aquellas utilidades que, no atentando contra los intereses del titular ni afectando la explotación de la obra, sean consideradas legítimas o justas, teniendo particularmente presente

el hecho que el proyecto establece un fuerte y amplio marco de sanciones, tanto civiles como penales, a cualquier infracción a los derechos de autor. Con estos antecedentes, la Comisión decidió acotar el ámbito de aplicación de la norma en los términos señalados.

N° 7 (que pasa ser 8)

Este número, que agrega un inciso final al artículo 72, autorizando al titular de un derecho patrimonial el uso del símbolo ©, sin perjuicio de los reconocidos por el reglamento respectivo, **fue objeto de una indicación sustitutiva de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados Ortiz, De Urresti, Arenas, Girardi, Jarpa, Vallespín, Tuma y Uriarte, aprobada por unanimidad (9 x 0)**, que agrega un nuevo artículo 72 bis, y señala que el titular de un derecho patrimonial de autor podrá utilizar el símbolo © anteponiéndolo al año de la primera publicación y a su nombre, eliminando la mención al reglamento.

N° 8 (que pasa ser 9)

Este número reemplaza el actual capítulo II del Título III -que pasó a ser Título IV- estableciendo un nuevo capítulo referido a las acciones y procedimientos, y fue tratado de la forma que sigue:

Su artículo 78, que establece sanciones pecuniarias de carácter residual, **fue aprobado, por unanimidad, en los mismos términos (16 x 0)**.

Su artículo 79 señala -en seis letras- los casos en que se comete delito contra la propiedad intelectual, contemplando, en función del monto del perjuicio causado, las sanciones penales y pecuniarias pertinentes:

Su letra a), que alude al que sin estar expresamente facultado para ello utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas en cualquiera de las formas a que se refiere el artículo 18 de la ley, **fue aprobada, por unanimidad, sin cambios (16 x 0)**.

Su letra b), que penaliza al que sin estar expresamente facultado para ello utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con los fines que indica, **fue aprobada, por unanimidad, sin variación (16x0)**.

Su letra c), **fue rechazada por unanimidad (10x0) y su texto es el siguiente:**

c) El que falsifique obras protegidas por esta ley, o el que las edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto.

Su letra d) -que pasa a ser c)-, que sanciona al que falsificare o adulterare una planilla de ejecución, **fue aprobada por unanimidad en los mismos términos (10 x0)**.

Su letra e) -que pasa a ser d), que castiga al que falseare datos en las rendiciones de cuentas en caso que la remuneración convenida consista en una participación sobre el producto de la venta, **fue aprobada por unanimidad en los mismos términos (10 x0)**.

Su letra f) -que pasa a ser e)-, que tipifica como delito al que, careciendo de autorización del titular de los derechos o de la ley, cobrarse derechos u otorgase licencias respecto de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas que se encontraren en el dominio privado, **fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Farías, Escobar, Espinosa, don Marcos y Uriarte, que incorpora expresamente a**

las “obras”, que habían sido omitidas, ocupa la locución “protegidos”, por ser más propia, y realiza una corrección de carácter formal.

La letra, con la indicación, fue aprobada por unanimidad (10 x 0).

Los números 1, 2 y 3 del artículo 79, que contemplan las sanciones en función del monto del perjuicio causado, fueron objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Uriarte y de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Espinosa, don Marcos, Farías y Uriarte, para rebajar el tramo inferior de las multas. Al disminuir el piso de éstas, manteniendo sus máximos, se le otorga al juez un mayor rango de acción y, a la vez, se equilibra el esquema de penalidades respecto al sistema punitivo chileno.

Los números, con la indicación, fueron aprobados por unanimidad (10 x 0).

Se incorpora un artículo 79 bis al texto del proyecto al aprobarse, por unanimidad (10x0), una indicación de la Diputada Nogueira y de los Diputados Uriarte, Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Farías, Espinosa, don Marco; y Jiménez, que, considerando el mismo tipo penal contenido en la primitiva letra c) del artículo anterior, lo sanciona con penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1000 unidades tributarias mensuales.

Su artículo 80, que tipifica ciertos delitos contra la propiedad intelectual y establece sanciones pecuniarias ante su infracción, fue objeto del siguiente tratamiento:

Su letra a) que sanciona al que, a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público o al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor, fue aprobada por unanimidad en los mismos términos (11 x 0).

Su letra b) que castiga al que, con perjuicio a otro, reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común, fue objeto de una indicación sustitutiva del Diputado señor Díaz, don Eduardo, aprobada por unanimidad (11x0), que mejora su redacción al suprimir el elemento “perjuicio”, ya que éste se encuentra implícito y agrega el verbo “atribuir” para ampliar el tipo.

La primitiva letra b) fue rechazada, por igual quórum de votación, y su texto es el siguiente:

b) El que, con perjuicio a otro, reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común.

Su letra c), que sanciona al que, obligado a obtener una autorización para la comunicación al público de obras musicales o fonogramas, omitieren, con perjuicio a otro, la confección de las planillas de ejecución correspondiente, fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Espinosa, don Marcos, Farías y Uriarte, para definir de mejor forma el tipo y enmendar un defecto de redacción.

La letra, con la indicación, fue aprobada por asentimiento unánime (11 x 0).

Su artículo 81, que penaliza al que con ánimo de lucro comercialice al público copias de obras, de interpretaciones, de fonogramas o videogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley, y al que con ánimo de lucro

fabrique, importe, tenga o adquiera para su distribución comercial o alquiler las copias referidas precedentemente, **fue objeto de una indicación complementaria de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Farías, Uriarte, Espinosa, don Marcos y Escobar**, que rebaja, en su inciso primero, el tramo de multa y elimina el concepto subjetivo de “ánimo de lucro”. En su inciso segundo, se incorpora el concepto “internar”, por ser más propio, y se elimina el término “alquiler”, por encontrarse ya presente en el inciso primero.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por asentimiento unánime (11 x 0).

Su artículo 82, que sanciona con penas agravadas la reincidencia en este tipo de delitos, haciendo alusión a un plazo determinado, **fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Espinosa, don Marcos, Farías y Uriarte**, para eliminar la referencia a determinado plazo, puesto que las normas del Código Penal se aplican de forma supletoria.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (11 x 0).

Su artículo 83, que penaliza a los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer los delitos contemplados en el artículo 81, conforme la figura de la asociación ilícita del Código Penal, **fue aprobado por unanimidad en los mismos términos(11 x 0).**

Su artículo 84, que prescribe que incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley, y sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice alguna de las siguientes conductas: suprimir o alterar cualquier información sobre la gestión de derechos; o distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de obras o fonogramas, **fue aprobado por unanimidad en los mismos términos (11 x 0).**

Su artículo 85, que señala qué se entenderá por información sobre la gestión de derechos, **fue aprobado por asentimiento unánime en los mismos términos (11 x 0).**

Su artículo 85 A, que establece la forma de determinar el monto de los perjuicios, **fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Espinosa, don Marcos, Farías y Uriarte**, para otorgar al juez la facultad de determinar prudencialmente el monto de los perjuicios, en caso que no sea posible establecer el valor de venta legítimo.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por asentimiento unánime (11 x 0).

Su artículo 85 B, que indica de manera no taxativa las acciones de que dispone el titular de los derechos reconocidos en esta ley, esto es: El cese de la actividad ilícita del infractor; La indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados; y, la publicación de la parte resolutive de la sentencia, a costa del demandado, mediante anuncio en un diario a elección del demandante, **fue aprobada por unanimidad sin cambios (7x0).**

Su artículo 85 C, que posibilita que el tribunal, a solicitud del perjudicado, disponga la destrucción de los ejemplares infractores o que sean apartados del comercio, en las condiciones que indica, **fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y**

de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Espinosa, don Marcos, Farías y Uriarte, que mejora su redacción y realiza ciertas aclaraciones de procedimiento.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (9x0).

Cabe consignar que el inciso tercero de este artículo fue rechazado, por igual quórum de votación y su texto es el siguiente:

En el caso de procedimientos penales, estas medidas deberán ser decretadas por el tribunal competente, a petición del Ministerio Público u otro interviniente.

Su artículo 85 D, que señala las medidas precautorias -y, en su caso, prejudiciales- que podrá decretar el tribunal en cualquier estado del juicio, fue objeto del siguiente tratamiento:

Su inciso primero fue objeto de las siguientes indicaciones complementarias:

i).- **De las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Espinosa, don Marcos, Farías y Uriarte,** para eliminar la frase “de oficio o a petición de parte”, con el propósito de hacer aplicable las reglas generales sobre la materia (9x0).

ii).- **Del Diputado señor Tuma,** para eliminar la palabra “suficientemente”, en su letra e) (9x0).

iii).- **De los Diputados señores Farías y Tuma,** para incorporar una nueva letra g), y posibilitar que tribunal disponga la incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución, hasta el monto correspondiente a los derechos de autor, que establezca prudencialmente el tribunal (8x1).

El artículo, con las indicaciones, fue aprobado de la manera expresada.

Su artículo 85 E, que permite que el perjudicado opte, para efectos del cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios causados a sus derechos patrimoniales, entre la remuneración que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia o las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción, indicándole al tribunal la forma de proceder para la determinación del daño moral, **fue aprobado por unanimidad en los mismos términos (9x0).**

Su artículo 85 F, que faculta al tribunal para disponer, a petición de parte y sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer terceros, la incautación y entrega al titular del derecho del producto de la recitación, representación, reproducción, ejecución o cualquier otra forma de explotación ilícita, **fue aprobado por unanimidad sin cambios (9x0).**

Su artículo 85 G, que permite al tribunal -en el supuesto que señala-, a requerimiento del Ministerio Público, que disponga la práctica de la medida especial de investigación contemplada en el artículo 25 de la ley N° 20.000, **fue rechazado por unanimidad (12x 0).**

Su artículo 85 H (pasa a ser 85 G), que señala que existirá acción pública para denunciar los delitos sancionados en esta ley, **fue aprobado por unanimidad sin cambios (9x0).**

Su artículo 85 I (pasa a ser 85 H), que preceptúa que para efectos del conocimiento de presuntas infracciones a los derechos reconocidos por esta ley, se presumirá vigente el derecho de autor y los

derechos conexos sobre una obra original cuya primera fecha de publicación sea inferior a setenta años, **fue objeto de una indicación complementaria de la Diputada señora Nogueira y de los Diputados señores Uriarte, Ortiz, De Urresti, Tuma, Escobar, Farías, Espinosa, don Marco; Eluchans y Jiménez** que mejora el sentido y alcance de su inciso primero.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (9x0).

Su artículo 85 J (pasa a ser 85 I), que posibilita que el tribunal en los procedimientos civiles pueda ordenar a los presuntos infractores a esta ley, la entrega de toda información que posean respecto a las demás personas involucradas en la infracción, y multar a aquéllos que se nieguen a entregarla, **fue objeto de una indicación complementaria del Diputado señor Tuma** que rebaja el tramo de la sanción pecuniaria, estableciéndolo de 1 a 20 unidades tributarias mensuales.

Este artículo, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (8 x 0).

Su artículo 85 K (pasa a ser 85 J), que prescribe que el juez de letras en lo civil que conozca de las causas relacionadas con la ley de propiedad intelectual, lo hará breve y sumariamente, **fue aprobado por unanimidad en los mismos términos (8 x 0).**

Su artículo 85 L (pasa a ser 85 K), que permite sustituir las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados por una suma única compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, fue objeto de una indicación complementaria de los Diputados señores Arenas, Egaña, Escobar, Monckeberg, don Cristián; Tuma, Ortiz y de las Diputadas señoras Allende y Nogueira, que limita el monto de la sanción pecuniaria a fijar por el tribunal en una suma no superior a las 2.000 unidades tributarias mensuales.

Este artículo, con la indicación, fue aprobado por unanimidad (8 x 0).

N° 9 (que pasa ser 10)

Este número que -a través de 10 artículos-, agrega en el actual Título III, que pasó a ser Título IV, un Capítulo III nuevo: de la Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, pasando el actual Capítulo III a ser Capítulo IV, fue objeto del siguiente tratamiento:

Su artículo 85 M (pasa a ser 85 L), que trata de las responsabilidades por las infracciones a los derechos reconocidos por esta ley que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten, en suma, servicios de transmisión o almacenamiento de datos, enrutamiento o suministro de conexiones, **fue objeto de una indicación sustitutiva de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Uriarte, Jarpa, De Urresti y Tuma, aprobada por mayoría de votos (7 a favor, 1 en contra y 1 abstención)** que prescribe, en síntesis, que los proveedores de tales servicios no serán obligados a indemnizar el daño en la medida que cumplan con las condiciones previstas en esta ley para limitar su responsabilidad, y, en estos casos, los prestadores de servicios sólo podrán ser objeto de medidas prejudiciales y judiciales que indica.

Su artículo 85 N (pasa a ser 85 M), que señala los casos en que los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones no serán considerados responsables

de los datos transmitidos, **fue aprobado por mayoría de votos sin cambios (6 x1).**

Su artículo 85 Ñ (pasa a ser 85 N), que contempla las condiciones que deberán cumplir los prestadores de servicios de almacenamiento de datos de carácter temporal realizados mediante un proceso de almacenamiento automático, para no ser considerados responsables de los datos almacenados, **fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, Tuma, De Urresti, Farías, Escobar, Espinosa, don Marcos, Uriarte, de carácter meramente formal, que reemplaza la palabra “legal por lícita”.**

El artículo, con la indicación, fue aprobado por mayoría de votos (5 x1).

Su artículo 85 O (pasa a ser 85 Ñ), que expresa las condiciones que deben darse para que los prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información no sean considerados responsables de los datos almacenados o referidos, **fue aprobado por mayoría de votos sin variación (5 x1).**

Su artículo 85 P (pasa a ser 85 O), que prescribe que para gozar de las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos precedentes, los prestadores de servicios, además, deberán haber adoptado una política que establezca las condiciones de término de contrato de aquellos usuarios que sean sancionados como infractores reincidentes; no interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas y no haber iniciado la transmisión, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios, **fue objeto de una indicación complementaria de la Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Ortiz, Tuma, Eluchans, De Urresti, Farías, Escobar, Espinosa, don Marcos, Uriarte,** que mejora su redacción al eliminar la frase “que sean sancionados como”.

El artículo, con la indicación, fue aprobado por mayoría de votos (7 x1).

Su artículo 85 Q (pasa a ser 85 P) fue objeto del siguiente tratamiento:

Su inciso primero, que señala que los prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien, ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas, **fue aprobado por unanimidad en los mismos términos (9x0).**

Su inciso segundo, que indica el rol que le cabe a los tribunales de justicia en la persecución de delitos o prácticas constitutivas de ejercicios abusivos de los derechos de autor o conexos reconocidos por esta ley, **fue objeto de una indicación complementaria de las Diputadas Allende y Nogueira y de los Diputados señores Uriarte, Escobar, Farías y Tuma,** que elimina las palabras “prevenir” y “de supervisión”, con el objeto de delimitar la actuación judicial.

Este inciso, con la indicación, fue aprobado por mayoría de votos (8 x1).

Su artículo 85 R (pasa a ser 85 Q), que autoriza - en caso de infracción a los derechos reconocidos por esta ley cometidas en o por medio de redes o sistemas controlados u operados por o para prestadores de servicios- al titular de los respectivos derechos a solicitar como medida prejudicial o judicial las que se indican en el artículo 85 S (que pasa a ser 85R), estableciendo, asimismo, el procedimiento a aplicar, **fue objeto de sendas indicaciones complementarias de la Diputada señora Nogueira y de los Diputados señores Díaz, don Marcelo, Tuma, Arenas, Jarpa, Jiménez, Díaz, don Eduardo y Olivares,** que hace posible -en su caso- que en sede penal se pueda aplicar este procedimiento.

El artículo, con las indicaciones, fue aprobado por unanimidad (8 x0).

Su artículo 85 S (pasa a ser 85 R), que señala en forma taxativa las medidas prejudiciales o judiciales que el tribunal podrá disponer, **fue aprobado por mayoría de votos, de igual forma (9x1).**

Su artículo 85 T (pasa a ser 85 S), que permite a los titulares de derechos que hayan iniciado el procedimiento establecido en el artículo precedente, requerir que el prestador de servicios respectivo entregue toda la información que posea que permita identificar al supuesto infractor, **fue objeto de una indicación sustitutiva del Diputado señor Arenas, aprobada por mayoría de votos (11 + 1),** que aumenta el resguardo de la información que se proporcione, conforme lo dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección de la vida privada.

Su artículo 85 U (pasa a ser 85 T), que obliga indemnizar al que, a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos reconocidos en esta ley, y que exime de responsabilidad al prestador de servicio que voluntariamente o ante un requerimiento, de buena fe, retira, inhabilita o bloquea el acceso a material, basándose en una infracción aparente o presunta, **fue aprobado por unanimidad, en iguales términos (12x0).**

N° 10 (que pasa ser 11)

Este número, que modifica su artículo 100, referido a las entidades de gestión que administran los derechos de autor y conexos y que cobran por ello de acuerdo con tarifas generales, **fue objeto de una indicación sustitutiva de la Diputada señora Nogueira y de los Diputados señores Tuma, Vallespín, Uriarte, Farías y Díaz, don Marcelo, aprobada por unanimidad (11 x 0),** que elimina su inciso final y reemplaza sus incisos cuarto y quinto, por incisos que establecen que las referidas entidades podrán diferenciar las tarifas generales según categoría de usuario. Que las tarifas correspondientes a usuarios con obligación de confeccionar planillas deberán estructurarse de modo que la aplicación de ésta guarde relación con la utilización de las obras de titulares representados por la entidad de gestión colectiva respectiva. Que la falta de confección de la planilla o su confección incompleta o falsa, no dará derecho a la aplicación de lo dispuesto en el inciso anterior. Que, salvo acuerdo en contrario, estarán obligados a confeccionar planillas de ejecución o listas de obras utilizadas, las empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y los organismos de radiodifusión, que señale el reglamento. Que lo dispuesto en este artículo no regirá respecto de la gestión de las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, como, asimismo, respecto de aquellas utilizations que haga un titular de derechos de poder administrarlas individualmente, a menos que la respectiva entidad realice gestión colectiva de los derechos de estas obras.

Cabe hacer presente que el número 10 original que dispone el reemplazo de los incisos cuarto y siguiente del artículo 100, fue rechazado por igual quórum, y su texto es el siguiente:

10) Reemplázanse los incisos cuarto y siguientes del artículo 100°, por los siguientes:

“Las tarifas generales podrán ser diferenciadas según categoría de usuario, pudiendo fijarse, además, planes tarifarios alternativos, a los cuales podrá optar cualquier usuario dentro de la categoría en que dichos planes sean ofrecidos.

Las tarifas correspondientes a usuarios con obligación de confeccionar planillas de ejecución deberán estructurarse de modo que el cobro de derechos guarde relación con la utilización de obras, interpretaciones o fonogramas, pertenecientes a titulares representados por la entidad de gestión colectiva respectiva.

No obstante lo establecido en el inciso tercero, los usuarios que consideren excesivas las tarifas que les son aplicables por esa entidad, y no hayan alcanzado un acuerdo con aquella mediante negociación, podrán someter la controversia a un arbitraje forzoso, conforme lo señale el Reglamento. Sólo procederá el arbitraje forzoso en caso que la entidad de gestión colectiva haya sido declarada dominante por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

Para resolver el arbitraje deberán considerarse, entre otros criterios, la categoría del usuario, el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio de la entidad cuyas tarifas fueron controvertidas, la importancia del repertorio en el desarrollo de la actividad de los usuarios de esa categoría y tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas por un arbitraje forzoso conforme a este artículo.

El fallo arbitral deberá fijar una nueva tarifa que será obligatoria para quienes fueron parte en el arbitraje y constituirá un plan tarifario opcional para quienes dentro de la categoría no participaron en el litigio. Dicha tarifa no podrá volver a ser revisada en un plazo de un año, bajo el procedimiento arbitral a que se refiere este artículo.

El Árbitro deberá dictar su fallo, que será en única instancia, dentro de un plazo de 60 días contado desde su constitución. El costo del arbitraje será soportado por las partes. Durante el proceso de arbitraje, el usuario podrá utilizar el repertorio de la sociedad de gestión colectiva cuyas tarifas fueron controvertidas, a cambio del pago de una tarifa provisional que deberá ser fijada por el árbitro dentro los 10 días siguientes a su designación. La diferencia que resulte entre la tarifa provisional y la definitiva dará origen a reliquidaciones que serán determinadas en el fallo arbitral. Las demás características del procedimiento de arbitraje serán determinadas por Reglamento.”.

EL SEÑOR ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI, MINISTRO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN

Se manifestó de acuerdo con el derecho de los titulares a fijar la remuneración por el uso de sus obras, pero señaló que cuando esta fijación proviene de una entidad colectiva que agrupa a varios -y de ese modo eventualmente adquiere poder de mercado-, entonces cabe hacer consideraciones de libre competencia que derivan en dar a los usuarios la posibilidad de recurrir a un arbitraje forzoso.

Al Tribunal de Defensa de Libre Competencia no le corresponde fijar tarifas y, en la práctica, nunca lo ha hecho. Por ello es que no basta el sistema de defensa de la libre competencia para asegurar tarifas justas, sino que se requiere un mecanismo adicional, como es el arbitraje. Por lo demás, la Comisión Resolutiva -antecesora del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia-, precisamente se pronunció a favor del arbitraje forzoso en su Resolución N°513, de 1998, sin fijar ella misma las tarifas.

Proponer que las tarifas aplicables a quienes deben confeccionar planillas de ejecución guarden relación con el uso de las obras no puede interpretarse como que las entidades de gestión deban demostrar ese uso. La obligación de confeccionar planillas quedará estipulada en el contrato que acuerden entidades y usuarios, donde naturalmente debiera señalarse qué pasa si la planilla no se confecciona. Además la ley ya sanciona esta omisión y la adulteración de planillas. Es cierto que, en caso de duda, la entidad debe demostrar en tribunales la adulteración de una planilla, pero ello puede hacerse a un costo razonable a través de métodos aleatorios, lo que junto con la pena de cárcel para esta falta es un disuasivo suficiente. Por último, si una entidad no considera suficiente el disuasivo, o muy costoso de implementar, siempre tiene la opción de negociar que el contrato con los usuarios no incorpore la obligación de confeccionar planillas, asunto que, de no ser aceptado por los usuarios, deberá disentir en la instancia del arbitraje.

Se manifestó de acuerdo, asimismo, en modificar el procedimiento del arbitraje, donde uno de los elementos centrales debiera ser la obligación del árbitro de optar por la tarifa de una de las partes, sin poder elegir valores intermedios. De esta forma se entregan los incentivos a recurrir a esta instancia sólo si hay muy buenas razones para hacerlo y además con propuestas razonables y bien fundadas, ya que de lo contrario se corre un riesgo significativo de perder el arbitraje.

Se manifestó contrario, empero, a que la calificación de dominancia por parte del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia tenga un costo excesivo para los usuarios de obras. En primer lugar, el Tribunal tramita estas consultas a través de un procedimiento no contencioso, que si bien requiere abogados, no contempla todos los pasos de un juicio contencioso y es de duración acotada –aproximadamente seis meses. Segundo, y quizás más importante, el proyecto no dice -ni pretende- que cada vez que un usuario desee recurrir al arbitraje deba obtener la calificación de dominancia para la entidad respectiva. Esta calificación del Tribunal se hace una vez y se mantiene vigente indefinidamente hasta que, con nuevos antecedentes y en un nuevo proceso solicitado por quien tenga interés en modificar el *statu quo*, el Tribunal acoja la solicitud.

12 nuevo

Este número, **incorporado al aprobarse -según se verá- una indicación de la Diputada señora Nogueira y de los Diputados señores Tuma, Vallespín, Uriarte, Farías y Díaz, don Marcelo,** agrega un artículo 100 bis en la ley, y tuvo el siguiente tratamiento:

El inciso primero del artículo 100 bis que incorpora, que señala que no obstante que las tarifas serán fijadas por el órgano de administración establecido en los estatutos de las entidades de gestión, si una de ellas fuese declarada dominante por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos, que no hubiesen alcanzado un acuerdo con aquélla mediante negociación, podrán someter la

controversia a un arbitraje forzoso, **fue aprobado por mayoría de votos (8x3).**

Los incisos restantes del artículo 100 bis que incorpora, que se refieren a la integración del tribunal arbitral, su ámbito de competencia y el procedimiento al que deberán ceñirse, **fueron aprobados por unanimidad (11 x 0).**

Cabe consignar que, respecto del arbitraje forzoso en caso de desacuerdo en el proceso de fijación de tarifas por parte de las entidades de gestión colectiva de derechos, primó la idea de que era necesario establecer mecanismos procesales eficientes para reducir el riesgo de distorsiones o abusos en el proceso de fijación de tarifas por parte de las entidades de gestión, teniendo especialmente presente que dada su naturaleza son organizaciones generalmente de carácter monopólico. El Ejecutivo sobre el particular sostuvo que las reformas eran necesarias de establecer, teniendo especialmente presente el mandato de la Comisión Resolutiva de la Libre Competencia, que recomendó una reforma de esta naturaleza.

Artículo 2°.-

Este artículo, que deroga el artículo 12 de la ley N° 19.227, que crea el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, referido a la entrega de los libros, que sean materia de un delito de propiedad intelectual, a su autor o al titular de los derechos patrimoniales, **fue aprobado por unanimidad, en iguales términos (9 x 0).**

Artículo 3°.-

Este, artículo, que sustituye los actuales incisos segundo y tercero del artículo 11 de la ley N° 19.227, que castiga con las sanciones contempladas en el artículo 79 de la ley N° 17.336 al que, a sabiendas, comercializare libros de edición o impresión fraudulenta o reproducidos sin autorización del titular de los derechos de autor, y al que utilice procedimientos engañosos o fraudulentos para acceder indebidamente a los beneficios que otorga esta ley, **fue aprobado por unanimidad, en iguales términos (9x0).**

Se señaló que las modificaciones anteriores se justifican, por cuanto las situaciones descritas en ambos artículos ya están contempladas en este proyecto.

C) ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS POR LA COMISIÓN.

Artículos del Mensaje:

1.- **Artículo 71 B.** Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción de fragmentos de obras protegidas, que hayan sido lícitamente divulgadas, con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor. **(10x0).**

2.- **Artículo 71 C.** Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción sin interés comercial de una obra fotográfica o plástica lícitamente divulgada, con fines de crítica, reseña, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione de manera legible su fuente, título y autor. **(10x0).**

3.- **Artículo 85 G.** En caso de investigarse la intervención de una asociación ilícita, y concurriendo los requisitos que la ley

establece, el tribunal, a requerimiento del Ministerio Público, podrá autorizar la práctica de la medida especial de investigación contemplada en el artículo 25 de la ley N° 20.000. **(12x 0).**

4.- **Artículo 85 M.** En el caso de infracciones a los derechos reconocidos por esta ley que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, estas personas no serán condenadas judicialmente al pago de ningún tipo de indemnización, en la medida que cumplan con las condiciones específicas aplicables en cada caso conforme a la naturaleza del servicio prestado. En estos casos, los prestadores de servicios sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales que se refieren en el artículo 85 S.

Estas limitaciones de responsabilidad operarán aún cuando por aplicación de las normas generales de responsabilidad civil, los prestadores de servicios referidos en los artículos siguientes pudieran eventualmente ser condenados al pago de algún tipo de indemnización por infracción a los derechos de autor y conexos.

Ninguna disposición de este Capítulo podrá ser interpretada como constitutiva de responsabilidad de los prestadores de servicios a que se refieren los artículos siguientes por infracciones a los derechos de autor y conexos cometidas por terceros a través de sus sistemas o redes.

5.- **Artículo 85 T.** Los titulares de derechos o sus representantes legales que hayan iniciado el procedimiento establecido en el artículo precedente, podrán requerir, por intermedio del tribunal competente, que el prestador de servicios respectivo entregue toda la información que posea que permita identificar al supuesto infractor, con observancia de lo dispuesto en la ley N°19.628 de protección de datos de carácter personal.

Indicaciones:

1.- **Del Diputado señor Eluchans,** para que se sustituya la letra a), del numeral 1), del artículo 1º, por la siguiente:

a) Insertase en el literal u) del artículo 5º la frase “permanente o efímera” entre los vocablos “fijación” y “de” **(12x0).**

2.- **Del Diputado señor Eluchans,** para que se suprima el numeral 5), del artículo 1º **(13x0).**

3.- **Del Diputado señor Eluchans,** para que se modifique el actual artículo 67 de la ley de Propiedad Intelectual, reemplazándose la expresión “comunicación al público” por la de “ejecución pública”. **(8 por el rechazo, 2 a favor y 1 abstención).**

4.- **Del Diputado señor Eluchans,** para que se agregue como inciso segundo del artículo 71A, el siguiente:

“No obstante lo anterior, las limitaciones y excepciones establecidas en los artículos 71 K y 71 L, no serán aplicables tratándose de fonogramas, videogramas y obras audiovisuales o de sus copias.” **(10x0).**

5.- **Del Diputado señor Eluchans,** para que se elimine en el artículo 71 O la expresión “comunicación ni”. **(10x0).**

6.- **Del Diputado señor Eluchans,** para que se sustituya en el artículo 71 Q la palabra “temporal” luego de las expresiones “es lícita la reproducción” y “esta reproducción” por la de “efímera” y para que se sustituya en el mismo artículo la palabra temporal luego de la expresión “incluido su almacenamiento” por “efímero”. **(11x0).**

7.- **Del Diputado señor Farías**, para que se agregue al final del artículo 71 Q, sustituyendo el punto final (.) por una coma (,) la frase “entendiendo por tal la autorizada por el autor o la ley.” **(6x 2+ 3)**.

8.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se suprima el artículo 71 R. **(11x0)**.

9.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se elimine la parte final del artículo 79 a partir de la frase “las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma”, hasta la conclusión de la disposición y para que se sustituya el inciso primero del mismo artículo 79, por el siguiente texto:

“Artículo 79.- Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 10 a 500 unidades tributarias mensuales.” **(10x0)**

10.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se introduzca en el artículo 81 inciso segundo la frase “interne al país” después de la palabra importe y para que se agregue como inciso tercero del artículo 81 del Proyecto el siguiente: “Las penas del inciso primero se aplicarán también, a quien a sabiendas, almacene y ponga a disposición del público cantidades significativas de obras, de interpretaciones, de fonogramas o videogramas, o de sus copias, cualquiera sea su soporte, a través de redes digitales, Internet, o cualquier otro medio, sin contar con la autorización de los titulares de los derechos protegidos en esta ley **(11x0)**,”

11.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se elimine el artículo 85 A **(11x0)**.

12.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se elimine artículo 85 E **(9x0)**.

13.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se modifique el numeral 7) del artículo primero del proyecto, por el siguiente texto:

“7) Agrégase el siguiente artículo 85 I bis:

“Artículo 85 I bis: La persona natural o entidad legal cuyo nombre es indicado como el autor o editor de la obra, productor, intérprete o ejecutante, interpretación o ejecución o fonograma, se presumirá, en ausencia de prueba en contrario, titular de los derechos de dicha obra, interpretación o ejecución o fonograma, respectivamente.” **(9x0)**.

14.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se eliminen los incisos segundo y tercero del artículo 85 M **(9x0)**

15.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que en la letra b) del artículo 85 P se agregue la expresión “fonogramas y demás prestaciones” luego de la palabra “obras” y para que en la misma letra b) se elimine la frase “aprobadas de conformidad al procedimiento que establecerá el Reglamento”, luego de la palabra “protegidas”. **(9x0)**.

16.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se agregue al artículo 85 P una letra d), con el siguiente texto:

“d) Proveer a los titulares de derechos de propiedad intelectual o sus legítimos representantes, los datos necesarios para identificar a aquellos clientes que utilicen tales servicios para la realización de cualquier acto o conducta que constituya una infracción a la presente ley”. **(9x0)**.

17.- **Del Diputado señor Arenas**, para eliminar en el inciso primero del artículo 85 R, la frase “y sin necesidad de rendir caución y, a su turno, agregar la siguiente letra d):

“d) La oferta de caución calificada suficiente por el tribunal para responder de eventuales perjuicios, salvo se tratare de una infracción manifiesta a los derechos de autor o conexos” **(6x1)**.

18.- **Del Diputado señor Eluchans**, para que se agregue en el Capítulo III sobre “Disposiciones Generales” del título III de la Ley 17.336, un nuevo artículo 89 bis, con el siguiente texto:

“Artículo 89 bis.- El titular de un derecho patrimonial sobre una obra podrá utilizar el símbolo © anteponiéndolo al año de la primera publicación y a su nombre. Asimismo, el titular de un derecho patrimonial sobre un fonograma, podrá utilizar en las copias de éste o en sus envolturas el símbolo  antepuesto al año de la primera publicación y al nombre del productor.

Los titulares de derechos de autor y derechos conexos que hubiesen optado por la utilización de los símbolos y menciones precedentemente señalados, gozarán de la protección prevista en la presente ley sobre sus obras y producciones, respectivamente, sin requerimiento del cumplimiento de otras formalidades”. **(9x0)**.

19.- **De las Diputadas señoras Allende y Nogueira y de los Diputados señores Jarpa, Olivares, Díaz, don Eduardo, Escobar, Ortiz, Uriarte y Vallespín**, para agregar en el inciso segundo del artículo 92, entre las expresiones “que” y “los remanentes”, la siguiente frase “hasta el 10% de lo recaudado y”. **(4+4)**.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, y por las otras consideraciones que en su oportunidad dará a conocer el señor Diputado Informante, las Comisiones de Economía, Fomento y Desarrollo y de Cultura y de las Artes recomiendan aprobar el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 17.336:

1) Modifícase el artículo 5° de la siguiente forma:

a) Insértase en el literal u) del artículo 5° la frase “permanente o provisional” entre los vocablos “fijación” y “de” y reemplázase la letra “y”, por la letra “o”.

b) Agrégase el siguiente literal, nuevo:

“y) Prestador de Servicio significa, para los efectos de lo dispuesto en el Capítulo III del Título III de esta ley, una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o una empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes.”.

2) Sustitúyese el inciso tercero del artículo 8°, por el siguiente:

“Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputaran cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.”.

3) Reemplázanse los actuales incisos primero y segundo del artículo 10, por el siguiente:

“La protección otorgada por esta ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento.”.

4) Agréganse en el artículo 11 de la ley, a continuación de su letra e), las siguientes:

f) Las obras creadas por empleados públicos, como parte de su trabajo.

g) Las obras creadas por encargo de un organismo público, salvo disposición en contrario.

h) Las obras cuyo titular fallezca intestado y sin asignatarios forzosos.

5) Deróganse los actuales Párrafo III (artículos 38 a 45 bis) y IV (artículos 46 a 47) del Capítulo V del Título I.

6) Agrégase el siguiente inciso tercero en el artículo 65:

“Cuando sea necesaria la autorización del autor de una obra incorporada a un fonograma y la autorización del artista, intérprete o ejecutante y del productor del fonograma, éstas deberán concurrir sin que unas excluyan a las otras.”.

7) Intercálase, como nuevo Título III, el siguiente, pasando el actual Título III a ser Título IV:

“Título III

Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos

Artículo 71 A. Cuando sea procedente, las limitaciones y excepciones establecidas en este Título se aplicarán tanto a los derechos de autor como a los derechos conexos.

Artículo 71 B. Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular, de fragmentos de obra protegida, que haya sido lícitamente divulgadas, y su inclusión se realice a título de cita o con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor.

Artículo 71 C. Es lícita la inclusión en una obra, sin remunerar ni obtener autorización del titular de una obra fotográfica o plástica lícitamente divulgada, y su inclusión se realice sin interés comercial, a título de cita o con fines de crítica, reseña, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione de manera legible su fuente, título y autor.

Artículo 71 D. Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción, adaptación, distribución, comunicación al público y puesta a disposición, que se realice sin interés comercial, de una obra lícitamente publicada a fin de garantizar el acceso por parte de discapacitados visuales, auditivos o de otra clase que, sin formatos especiales, no podrían acceder a la obra.

Los ejemplares o copias obtenidas en ejercicio de esta facultad tendrán por única finalidad su utilización por personas discapacitadas, no pudiendo ser cedidas ni distribuidas a terceros con fines comerciales. En estos ejemplares se señalará expresamente la circunstancia de ser realizados bajo la excepción de este artículo e indicando la restricción de su distribución y puesta a disposición a personas que tengan la respectiva discapacidad.

Artículo 71 E. Las lecciones dictadas en instituciones de educación superior, colegios y escuelas, podrán ser anotadas o recogidas en cualquier forma por aquellos a quienes van dirigidas, pero no podrán ser publicadas, total o parcialmente, sin autorización de sus autores.

En el caso de las conferencias y discursos, éstos podrán ser publicados con fines de información, pero no en colección separada, completa o parcial, sin autorización del autor.

Artículo 71 F. En los establecimientos comerciales en que se expongan y vendan instrumentos musicales, aparatos de radio o televisión o cualquier equipo que permita la reproducción de obras, éstas podrán utilizarse libremente y sin pago de remuneración, con el exclusivo objeto de efectuar demostraciones a la clientela, siempre que éstas se realicen dentro del propio local o de la sección del establecimiento destinada a este objeto y en condiciones que eviten su difusión al exterior.

Artículo 71 G. La reproducción de obras de arquitectura por medio de la fotografía, el cine, la televisión y cualquier otro procedimiento análogo, así como la publicación de las correspondientes fotografías en diarios, revistas y textos escolares, es libre y no está sujeta a remuneración.

Asimismo, la reproducción mediante la fotografía, el dibujo o cualquier otro procedimiento, de monumentos, estatuas y, en general, las obras artísticas que adornan plazas, avenidas y lugares públicos, es libre y no está sujeta a remuneración, siendo lícita la publicación y venta de las reproducciones.

Artículo 71 H. En las obras de arquitectura, el autor no podrá impedir la introducción de modificaciones que el propietario decida realizar, pero podrá oponerse a la mención de su nombre como autor del proyecto.

Artículo 71 I. No serán aplicables a las películas y fotografías publicitarias o propagandísticas las reglas que establece el artículo 30.

Asimismo, lo dispuesto en el artículo 37 bis no será aplicable a los programas computacionales, cuando éstos no sean el objeto esencial del arrendamiento.

Artículo 71 J. Las bibliotecas y archivos que no tengan fines de lucro podrán, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, reproducir una obra, en los siguientes casos:

a) Cuando el ejemplar se encuentre en su colección permanente y ello sea necesario a los efectos de preservar dicho ejemplar y/o sustituirlo en caso de pérdida o deterioro, hasta un máximo de 3 copias simultáneas.

b) Para sustituir un ejemplar de otra biblioteca o archivo que se haya extraviado, destruido o inutilizado y no esté disponible la obra en el mercado.

c) Para incorporar un ejemplar a su colección cuando éste no se encuentre disponible en el mercado en los últimos 5 años.

Artículo 71 K. Las bibliotecas y archivos abiertos al público y que no tengan fines de lucro podrán, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, efectuar copias de fragmentos de obras que se encuentren en sus colecciones, a solicitud de un usuario de la biblioteca o archivo exclusivamente para su uso personal.

Artículo 71 L. Las bibliotecas y archivos abiertos al público y que no tengan fines de lucro podrán, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, efectuar la reproducción, comunicación o puesta a disposición por medios digitales de obras de su colección para ser consultadas simultáneamente hasta por un número razonable de usuarios en los términos que señale el reglamento, sólo en terminales de uso local de la respectiva institución.

Artículo 71 M. Las bibliotecas y archivos abiertos al público y que no tengan fines de lucro podrán, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización, efectuar la traducción de obras originalmente escritas en idioma extranjero y legítimamente adquiridas, cuando al cumplirse un plazo de tres años contados desde la primera publicación, o de un año en caso de publicaciones periódicas, en Chile no haya sido publicadas su traducción al castellano por el titular del derecho.

La traducción deberá ser realizada a solicitud de un usuario y exclusivamente para uso personal, o para investigación o estudio por parte de los usuarios de dichas bibliotecas o archivos.

Artículo 71 N. Las bibliotecas de instituciones educacionales o que sirvan a dichas instituciones, podrán, sin autorización ni pago de remuneración, reproducir, comunicar y/o poner a disposición por cualquier medio las reproducciones de obras cortas, artículos de publicaciones periódicas y partes razonables de obras extensas, para uso exclusivo de los alumnos, investigadores y docentes de dichas instituciones, conforme lo solicite el docente encargado de los respectivos cursos, siempre que dicha utilización de la obra se efectúe sin interés comercial y cumpliendo los demás requisitos que determine el reglamento.

Artículo 71 Ñ. Será lícita, sin la autorización del titular de los derechos de autor y conexos ni remuneración, la inclusión en una obra para fines educacionales, en el marco de la educación formal o autorizada por el Ministerio de Educación, de obras cortas, como poemas, artículos, ensayos o cuentos cortos. Deberá mencionarse en cada caso la fuente, el título y autor de la obra incluida.

Al amparo de esta excepción no se incluirán más de dos obras del mismo autor, y dicha obra no representará más del 7% del contenido de la nueva obra educacional.

En los casos en que la obra educacional sea total o parcialmente distribuida comercialmente al público, el editor deberá pagar a los titulares de derechos de las materias sujetas a derechos de autor o conexos utilizadas, una remuneración equitativa por dicha utilización en los ejemplares que sean distribuidos comercialmente al público.

Dicha remuneración también se devengará en los casos que se exceda el uso permitido en los incisos primero y segundo de este artículo.

A falta de acuerdo por las partes, dicha remuneración será fijada por el tribunal civil del domicilio del solicitante, en procedimiento breve y sumario, quien fallará conforme a la equidad.

Lo dispuesto en los incisos anteriores, es sin perjuicio de lo señalado en los artículos 71 B y 71 C.

Artículo 71 O. No se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia, bibliotecas, archivos y museos, siempre que esta utilización se efectúe sin interés comercial. En estos casos no se requerirá remunerar al autor, ni obtener su autorización.

Artículo 71 P. Las siguientes actividades relativas a programas computacionales están permitidas, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización:

a) La adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor o autorizada por su legítimo dueño, siempre que la adaptación o copia sea esencial para su uso, o para fines de archivo o respaldo y no se utilice para otros fines.

Las adaptaciones obtenidas en la forma señalada no podrán ser transferidas bajo ningún título, sin que medie autorización previa del titular del derecho de autor respectivo; igualmente, las copias obtenidas en la forma indicada no podrán ser transferidas bajo ningún título, salvo que lo sean conjuntamente con el programa computacional que les sirvió de matriz.

b) Las actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional que se realicen con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo.

c) Las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del mismo u otros programas, de la red o del computador sobre el que se aplica.

Artículo 71 Q. Es lícita la reproducción provisional de una obra, incluido su almacenamiento provisional en forma electrónica, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización. Esta reproducción provisional deberá ser transitoria o accesorio, no tener una significación económica independiente, formar parte integrante y esencial de un proceso tecnológico, y tener como única finalidad permitir una transmisión lícita en una red o permitir un uso lícito de una obra protegida.

Artículo 71 R. Además de las excepciones anteriores, serán admisibles, sin remunerar ni obtener autorización del titular otras utilidades de obras protegidas siempre que se circunscriban a casos especiales cuya única finalidad sea la información, la investigación, la educación formal, la crítica o parodia, siempre que dichas utilidades no atenten contra la explotación normal de la obra, de la interpretación o ejecución, del fonograma o emisión radiofónica y no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

En cada caso, corresponderá probar o acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos precedentemente a quien haga uso de esta disposición.

8) Agrégase el siguiente artículo 72bis:

“El titular de un derecho patrimonial de autor podrá utilizar el símbolo © anteponiéndolo al año de la primera publicación y a su nombre.”.

Tratándose de fonogramas, las copias de éstos o en sus envolturas, podrán presentar un símbolo (p) antepuesto al año de la primera publicación y al nombre del productor.

Salvo prueba en contrario, las personas naturales o jurídicas cuyo nombre aparezca indicado de la manera señalada en los incisos anteriores, se presumirán como titulares de los derechos respectivos.”.

9) Reemplázase el actual capítulo II del Título III, que pasó a ser Título IV, por el siguiente:

“Capítulo II De las acciones y procedimientos

Párrafo 1°. De las infracciones a las disposiciones de esta ley

Artículo 78. Las infracciones a esta ley y su reglamento no contempladas expresamente en los artículos 79 y siguientes, serán sancionadas con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales.

Párrafo 2° De los delitos contra la propiedad intelectual

Artículo 79. Comete delito contra la propiedad intelectual:

a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18;

b) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice las interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de los derechos conexos, con cualquiera de los fines o por cualquiera de los medios establecidos en el Título II;

c) El que falsificare o adulterare una planilla de ejecución.

d) El que falseare datos en las rendiciones de cuentas a que se refiere el artículo 50.

e) El que, careciendo de autorización del titular de los derechos o de la ley, cobrarse derechos u otorgase licencias respecto de obras o de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas que se encontraren protegidos.

Las conductas señaladas serán sancionadas de la siguiente forma:

1. Cuando el monto del perjuicio causado sea inferior a las 4 unidades tributarias mensuales, la pena será de prisión en cualquiera de sus grados o multa de 5 a 100 unidades tributarias mensuales.

2. Cuando el monto del perjuicio causado sea igual o superior a 4 unidades tributarias mensuales y sea inferior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 20 a 500 unidades tributarias mensuales.

3. Cuando el monto del perjuicio sea igual o superior a 40 unidades tributarias mensuales, la pena será de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Artículo 79 bis.- El que falsifique obra protegida por esta ley, o el que la edite, reproduzca o distribuya ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o alterando maliciosamente su texto, serán sancionados con las penas de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 10 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Artículo 80. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de multa de 25 a 500 unidades tributarias mensuales:

a) El que, a sabiendas, reproduzca, distribuya, ponga a disposición o comunique al público una obra perteneciente al dominio público o al patrimonio cultural común bajo un nombre que no sea el del verdadero autor.

b) El que se atribuyere o reclamare derechos patrimoniales sobre obras de dominio público o del patrimonio cultural común.

c) El que obligado al pago en retribución por la ejecución o comunicación al público de obras protegidas, omitiere la confección de las planillas de ejecución correspondientes.

Artículo 81. Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800 unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley.

El que con ánimo de lucro fabrique, importe, interne al país, tenga o adquiera para su distribución comercial las copias a que se refiere el inciso anterior, será sancionado con las penas de reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales.

Artículo 82. En caso de reincidencia de los delitos previstos en esta ley, se aplicarán las penas máximas contempladas para cada uno de ellos. En estos casos, la multa no podrá ser inferior al doble de la anterior, y su monto máximo podrá llegar a 2.000 unidades tributarias mensuales.

Artículo 83. Los que se asociaren u organizaren con el objeto de cometer los delitos contemplados en el artículo 81, serán sancionados en conformidad a los artículos 293 y siguientes del Código Penal.

En el caso del artículo 293 del Código Penal, se aplicará además una multa de 100 a 1.000 unidades tributarias mensuales; y de 50 a 500 unidades tributarias mensuales en el caso del artículo 294 del Código Penal.

Artículo 84. Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice alguna de las siguientes conductas:

a) Suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos, o

b) Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de obras o fonogramas,

sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

El que realice alguna de las conductas descritas en los literales precedentes, será sancionado con pena de multa de 25 a 150 unidades tributarias mensuales.

Artículo 85. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá que es información sobre la gestión de derechos:

a) La información que identifica a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante, o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma;

b) La información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretación o ejecución o fonograma, y

c) Todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Artículo 85 A. El monto de los perjuicios que se refieren en este Título se determinará en base al valor legítimo de venta al detalle de los objetos protegidos.

Cuando se trate de objetos protegidos que no tengan valor de venta legítimo, el juez deberá prudencialmente determinar el monto de los perjuicios para efectos de aplicar la pena.

Párrafo 3°

De las normas aplicables al procedimiento civil y penal

Artículo 85 B. El titular de los derechos reconocidos en esta ley tendrá, sin perjuicio de las otras acciones que le correspondan, acciones para pedir:

a) El cese de la actividad ilícita del infractor;

b) La indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados, y

c) La publicación de la parte resolutive de la sentencia, a costa del demandado, mediante anuncio en un diario a elección del demandante.

Artículo 85 C. El tribunal, a solicitud del perjudicado, ordenará que los ejemplares que hubieren sido producto de alguna infracción o delito contenido en esta ley sean destruidos o apartados del comercio.

Estos ejemplares sólo podrán ser destinados a beneficencia por el tribunal cuando cuente con autorización del titular de los derechos. En este caso, el tribunal podrá decretar las medidas necesarias para garantizar que no reingresen al comercio, ordenando el marcado de los ejemplares y decretando la prohibición de enajenarlos por parte del beneficiario.

Artículo 85 D. El tribunal podrá ordenar, en cualquier estado del juicio, las siguientes medidas precautorias:

a) La suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución, representación o cualquier otra forma de explotación presuntamente infractora;

b) La prohibición de celebrar actos y contratos sobre bienes determinados, incluyendo la prohibición de publicitar o promover los productos o servicios motivo de la presunta infracción;

c) La retención de los ejemplares presuntamente ilícitos;

d) La retención o secuestro de los materiales, maquinarias e implementos que hayan sido destinados a la producción de ejemplares presuntamente ilícitos, o de la actividad presuntamente infractora, cuando ello sea necesario para prevenir futuras infracciones;

e) La remoción o retiro de los aparatos que hayan sido utilizados en la comunicación pública no autorizada, a menos que el presunto infractor garantice que no reanudará la actividad infractora;

f) El nombramiento de uno o más interventores, y

g) La incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución, hasta el monto correspondiente a los derechos de autor que establezca prudencialmente el tribunal.

En lo no regulado por el inciso precedente, la dictación de estas medidas se regirá por las normas generales contenidas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil.

Las medidas establecidas en este artículo podrán solicitarse, sin perjuicio de las medidas prejudiciales de los Títulos IV y V del Libro II del Código de Procedimiento Civil, como medidas prejudiciales, siempre que se acompañen antecedentes que permitan acreditar razonablemente la existencia del derecho que se reclama, el riesgo de una inminente infracción y se rinda caución suficiente, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 del Código de Procedimiento Civil.

Artículo 85 E. El perjudicado podrá optar, para efectos del cálculo de la indemnización de los daños y perjuicios causados a sus derechos patrimoniales, entre la remuneración que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia o las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción.

El tribunal, además, podrá condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios.

Al determinar el perjuicio, el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes infringidos.

Para efectos de determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra.

Artículo 85 F. Al hacer efectiva la indemnización de perjuicios, el tribunal podrá ordenar, a petición de parte y sin perjuicio de los derechos que puedan hacer valer terceros, la incautación y entrega al titular del derecho del producto de la recitación, representación, reproducción, ejecución o cualquier otra forma de explotación ilícita.

Artículo 85 G. Existirá acción pública para denunciar los delitos sancionados en esta ley.

Artículo 85 H. Se presume, salvo prueba en contrario, que el derecho de autor y los derechos conexos subsisten sobre una obra o fonograma, cuya fecha de su primera publicación sea inferior a setenta años.

Sin embargo, no será aplicable lo dispuesto en el inciso anterior respecto de aquellas obras y materias afines que hayan pasado al dominio público por expiración del plazo de protección de acuerdo a esta ley o a leyes anteriores.

Párrafo 4°

De las normas especiales aplicables al procedimiento civil

Artículo 85 I. En los procedimientos civiles, el tribunal podrá ordenar a él o los presuntos infractores a esta ley, la entrega de toda información que posean respecto a las demás personas involucradas en la infracción, así como todos los antecedentes relativos a los canales de producción y distribución de los ejemplares infractores. El tribunal podrá aplicar multas de 1 a 20 unidades tributarias mensuales a aquellos que se nieguen a entregar dicha información.

Artículo 85 J. El juez de letras en lo civil que, de acuerdo a las reglas generales conozca de los juicios a que dé lugar la presente ley, lo hará breve y sumariamente.

Artículo 85 K. El titular de un derecho podrá solicitar, una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una suma única compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción.”.

10) Agrégase en el actual Título III, que pasó a ser Título IV, el siguiente Capítulo III nuevo, pasando el actual Capítulo III a ser Capítulo IV.

“Capítulo III

Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet

Artículo 85 L. En el caso de infracciones a los derechos protegidos por esta ley que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por personas naturales o jurídicas que presten algunos de los servicios señalados en los artículos siguientes, los proveedores de tales servicios no serán obligados a indemnizar el daño, en la medida que cumplan con las condiciones previstas por los artículos siguientes para limitar su responsabilidad, conforme a la naturaleza del servicio prestado. En estos casos, los prestadores de servicios sólo podrán ser objeto de las medidas prejudiciales y judiciales que se refieren en el artículo 85 R.

Ninguna disposición de este Capítulo podrá ser interpretada como constitutiva de responsabilidad de los prestadores de servicios a que se refieren los artículos siguientes por infracciones a los derechos de autor y conexos cometidas por terceros a través de sus sistemas o redes.

Artículo 85 M. Los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones no serán considerados responsables de los datos transmitidos a condición que el prestador:

a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión. Para estos efectos no se considerará modificación del contenido, la manipulación tecnológica del material necesaria para facilitar la transmisión a través de la red, como la división de paquetes;

- b) No inicie el mismo la transmisión, y
- c) No seleccione a los destinatarios de la información.

Esta limitación de responsabilidad comprende el almacenamiento automático o copia automática, provisional y temporal de los datos transmitidos, técnicamente necesarios para ejecutar la transmisión, siempre que este almacenamiento o copia automática no esté accesible al público en general y no se mantenga almacenado por más tiempo del razonablemente necesario para realizar la comunicación.

Artículo 85 N. Los prestadores de servicios de almacenamiento de datos de carácter temporal que se lleve a cabo mediante un proceso de almacenamiento automático, no serán considerados responsables de los datos almacenados a condición que el prestador:

- a) Respete las condiciones de acceso de usuarios y las reglas relativas a la actualización del material almacenado establecidas por el proveedor del sitio de origen, salvo que dichas reglas sean usadas por éste para prevenir o dificultar injustificadamente el almacenamiento temporal a que se refiere este artículo;

- b) No interfiera con la tecnología lícita, compatible y estandarizada utilizada en el sitio de origen para obtener información sobre el uso en línea del material almacenado, cuando la utilización de dichas tecnologías se realice de conformidad con la ley y sean compatibles con estándares de la industria ampliamente aceptados que señalará el reglamento;

- c) No modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios, y

- d) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso a material almacenado que haya sido retirado o al que se haya inhabilitado el acceso en su sitio de origen, cuando reciba una notificación de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 85 Q.

Artículo 85 Ñ. Los prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios, no serán considerados responsables de los datos almacenados o referidos a condición que el prestador:

- a) No tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos;

- b) No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;

- c) Designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales a que se refiere el inciso final, de la forma que determine el reglamento, y

- d) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado de conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene un conocimiento efectivo cuando un tribunal de justicia competente, conforme al procedimiento establecido en el artículo 85 Q, haya ordenado el retiro de los datos o el bloqueo del acceso a ellos y el prestador de servicios, estando notificado legalmente de dicha resolución, no cumpla de manera expedita con ella.

Artículo 85 O. Para gozar de las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos precedentes, los prestadores de servicios, además, deberán:

a) Haber adoptado una política que establezca de forma general las condiciones de término de contrato de aquellos usuarios infractores reincidentes, debiéndose encontrar a disposición de los usuarios en su sistema o red;

b) No interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas aprobadas de conformidad al procedimiento que establecerá el reglamento. En la aprobación de estas medidas se tendrá especial cuidado para evitar imponer costos significativos a los prestadores de servicios y cargas significativas a sus sistemas o redes, y

c) No haber iniciado la transmisión, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios. Se exceptúa de esta obligación a los proveedores de servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información.

Artículo 85 P. Los prestadores de servicios referidos en los artículos precedentes no tendrán la obligación de supervisar los datos que transmitan, almacenen o referencien ni la obligación de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

Lo establecido en el inciso anterior se comprenderá sin perjuicio de cualquier actividad que los tribunales ordinarios de justicia decreten para investigar, detectar y perseguir delitos o prácticas constitutivas de ejercicios abusivos de los derechos de autor o conexos reconocidos por esta ley.

Artículo 85 Q. Para las infracciones a los derechos reconocidos por esta ley cometidas en o por medio de redes o sistemas controlados u operados por o para prestadores de servicios, el titular de los respectivos derechos o su representante podrán solicitar como medida prejudicial o judicial las que se señalan en el artículo 85 R. Cuando las medidas se soliciten en carácter de prejudicial serán decretadas sin necesidad de notificación previa al supuesto infractor y sin necesidad de rendir caución. Esta solicitud será conocida por el juez de letras en lo civil del domicilio del prestador de servicios o por el tribunal penal del domicilio del prestador de servicios.

Para estos efectos, la solicitud, además de cumplir con los requisitos de los números 1°, 2° y 3° del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, deberá indicar claramente:

a) Los derechos supuestamente infringidos, con indicación precisa de la titularidad de éstos y la modalidad de la infracción.

b) El material infractor, y

c) La localización del material infractor en las redes o sistemas del prestador de servicios respectivo.

Cumplido lo dispuesto en el inciso anterior, el tribunal decretará, sin más trámite y dentro del plazo de 48 horas contados desde el ingreso de la solicitud al tribunal, el retiro o bloqueo de los contenidos infractores. Dicha resolución se notificará por cédula al prestador de servicios respectivo y por el estado diario al solicitante.

El proveedor de contenido afectado podrá, sin perjuicio de otros derechos, requerir al tribunal que decretó la orden que se deje sin efecto la medida de restricción de acceso o retiro de material. Para

ello deberá presentar una solicitud que cumpla con los mismos requisitos señalados en el inciso segundo y deberá acompañar todo antecedente adicional que fundamente esta petición e implicará su aceptación expresa de la competencia del tribunal que está conociendo del asunto.

Este procedimiento y los incidentes que puedan suscitarse se tramitarán breve y sumariamente, y las apelaciones se concederán en el solo efecto devolutivo, gozando de preferencia para su conocimiento y vista por el tribunal de alzada.

Este procedimiento y los incidentes que pudieren suscitarse en la tramitación de un procedimiento penal, se tramitarán y resolverán conforme a lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes del Código Procesal Penal.

Artículo 85 R. En los casos en que se hayan cumplido los requisitos generales del artículo 85 O y los requisitos establecidos en el artículo 85 M respecto de las funciones de transmisión, enrutamiento o suministro, el tribunal sólo podrá disponer como medidas prejudiciales o judiciales las siguientes:

a) La terminación de cuentas determinadas de dicho prestador de servicio que sea claramente identificada por el solicitante de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo precedente y,

b) La adopción de medidas razonables para bloquear el acceso a un determinado sitio en línea que sea claramente identificado por el solicitante de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo precedente.

En los casos en que se hayan cumplido los requisitos generales del artículo 85 O y los requisitos especiales establecidos en el artículo 85 N y 85 Ñ respecto de las funciones mencionadas en dichos artículos, el tribunal sólo podrá disponer como medidas prejudiciales o judiciales las siguientes:

a) El retiro o inhabilitación del acceso al material infractor que sea claramente identificado por el solicitante de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 85 Q.

b) La terminación de cuentas de usuarios determinadas de dicho prestador de servicio, que sean claramente identificadas por el solicitante de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 85 Q, y cuyo titular esté usando el sistema o red para realizar una actividad infractora a los derechos de autor y conexos, y

c) Otras medidas que el tribunal pueda considerar como necesarias para corregir la situación reclamada por el solicitante, a condición que estas medidas sean lo menos gravosas para el prestador de servicio, para los usuarios y para los suscriptores, comparadas con otras formas de reparación efectiva.

Todas estas medidas se dictarán con la debida consideración de la carga relativa para el prestador de servicios, para los usuarios y para los suscriptores, del eventual daño al titular del derecho de autor o conexos, de la factibilidad técnica y eficacia de la medida, y de la existencia de otras formas de observancia menos gravosas para asegurar el respeto del derecho que se reclama.

Estas medidas se decretarán previa notificación al prestador de servicios, de conformidad con los incisos tercero, cuarto y quinto del artículo 85 Q, con la excepción de los mandamientos judiciales que busquen asegurar la preservación de la evidencia o cuando se trate de otros mandamientos judiciales que se estime no tendrán un efecto real en la operación del sistema o red del prestador de servicios.

Artículo 85 S. El tribunal competente, a requerimiento de los titulares de derechos que hayan iniciado el procedimiento establecido en el artículo precedente, podrá ordenar la entrega de la información que permita identificar al supuesto infractor por el prestador de servicios respectivo. El tratamiento de los datos así obtenidos se sujetará a lo dispuesto en la ley N°19.628, sobre protección de la vida privada.

Artículo 85 T. El que, a sabiendas, proporcione información falsa relativa a supuestas infracciones a los derechos reconocidos en esta ley, deberá indemnizar los daños causados a cualquier parte interesada, si estos daños son resultado de acciones que el proveedor de servicios de red tome en base a dicha información.

El prestador de servicio que voluntariamente o ante un requerimiento, de buena fe, retira, inhabilita o bloquea el acceso a material, basándose en una infracción aparente o presunta, estará exento de responsabilidad ante cualquier reclamo por esas acciones en la medida que, tratándose de material alojado en sus sistema o red, notifique sin demora al proveedor del material, que se ha retirado, inhabilitado o bloqueado el acceso a éste; o, en el caso en que ante un requerimiento, el prestador de servicio notifique al requirente su negativa a retirar, inhabilitar o bloquear el acceso al material indicando su sometimiento a la jurisdicción del tribunal competente de su domicilio a menos que el requirente presente demanda ante el tribunal competente dentro de un plazo razonable.

11) Modifícase el artículo 100 de la siguiente forma:

1) Elimínase su inciso final.

2) Remplázanse sus incisos cuarto y quinto, por los siguientes:

“Las entidades de gestión podrán diferenciar las tarifas generales según categoría de usuario, pudiendo fijarse además planes tarifarios alternativos o tarifas especiales mediante la celebración de contratos con asociaciones de usuarios, a los cuales podrá optar cualquier usuario que se ubique dentro de la misma categoría. Las tarifas acordadas conforme a esta disposición deberán ser publicadas en el Diario Oficial.

Las tarifas correspondientes a usuarios con obligación de confeccionar planillas, de conformidad a la ley o a sus respectivos contratos de licenciamiento, deberán estructurarse de modo que la aplicación de ésta guarde relación con la utilización de las obras, interpretaciones o fonogramas de titulares representados por la entidad de gestión colectiva respectiva.

La falta de confección de la planilla o su confección incompleta o falsa, no dará derecho a la aplicación de lo dispuesto en el inciso anterior.

Salvo acuerdo en contrario, estarán obligados a confeccionar planillas de ejecución o listas de obras utilizadas, las empresas de entretenimiento que basen su actividad en la utilización de obras musicales y los organismos de radiodifusión, que señale el reglamento.

Lo dispuesto en este artículo no regirá respecto de la gestión de las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, como, asimismo, respecto de aquellas utilidades a que se refiere el inciso segundo del artículo 21, a menos que la respectiva entidad realice gestión colectiva de los derechos de estas obras.”.

12) Agrégase el siguiente artículo 100 bis, nuevo:

“Artículo 100 bis.- No obstante lo establecido en el inciso tercero del artículo anterior, si una entidad de gestión fuese declarada dominante por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, las asociaciones con personalidad jurídica que representen a usuarios de derechos de autor o conexos, en el ámbito de explotación definido por dicho tribunal, que no hubiesen alcanzado un acuerdo con aquélla mediante negociación, podrán someter la controversia a un arbitraje forzoso.

El tribunal arbitral estará integrado por tres miembros, uno nombrado por la parte impugnante, otro por la entidad de gestión y un tercero de común acuerdo por las partes y, a falta de acuerdo o en ausencia de nombramiento por una de las partes, la o las designaciones serán realizadas por el juez de letras en lo civil competente, el que deberá sujetarse al procedimiento de designación de peritos establecido en el Código de Procedimiento Civil, sin que las partes puedan oponerse a la designación.

El ámbito de competencia del tribunal arbitral será establecido en la resolución en que éste sea designado, en el caso que su designación sea judicial, o bien, en el instrumento en que las partes acuerden la constitución del tribunal.

El tribunal deberá fijar fecha para la audiencia de las partes, el mecanismo de notificación que utilizará para poner en conocimiento de las partes las resoluciones o decisiones que adopte, y sus normas y procedimientos, debiendo contemplar, en todo caso, la audiencia de las partes, los mecanismos para recibir las pruebas y antecedentes que éstas aporten y el modo en que se le formularán las solicitudes.

Las partes deben aportar en la primera audiencia sus respectivas propuestas de tarifas en sobre cerrado, junto a las pruebas y antecedentes que las sustentan.

Para resolver el arbitraje deberán considerarse, entre otros criterios, la categoría del usuario, el beneficio pecuniario obtenido por los usuarios de esa categoría en la explotación del repertorio de la entidad, la importancia del repertorio en el desarrollo de la actividad de los usuarios de esa categoría y las tarifas anteriores convenidas por las partes o resueltas por un proceso anterior.

En el curso del procedimiento arbitral, el tribunal arbitral podrá llamar a las partes a conciliación, si estimare que existen coincidencias relevantes que hagan aconsejable dicho trámite.

Asimismo, durante el procedimiento arbitral las partes podrán llegar a acuerdo, poniéndose término al procedimiento por la sola presentación del convenio de tarifas alcanzado. En este último caso, dicho convenio tendrá el valor de sentencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral al dictar sentencia, deberá limitarse a optar única y exclusivamente entre una de las dos tarifas propuestas por las partes, la que tendrá carácter vinculante y ejecutivo para las partes, y constituirá un plan tarifario alternativo para quienes dentro de la categoría no participaron en el litigio.

En cualquier caso, en el ámbito de explotación en que se pronuncie la sentencia del tribunal arbitral, la tarifa adoptada no podrá ser modificada por la entidad de gestión respectiva ni someterse a un nuevo arbitraje en un plazo de dos años.

El tribunal arbitral deberá dictar su fallo dentro de un plazo de 60 días contados desde su constitución. En contra de la sentencia arbitral, se podrán interponer los recursos de apelación y de casación en la forma, de acuerdo a lo previsto en el artículo 239 del Código Orgánico de Tribunales. El recurso de apelación procederá en el solo efecto devolutivo.

Procederá también contra la sentencia del tribunal arbitral, el recurso de rectificación, aclaración o enmienda con el solo efecto de precisar las condiciones necesarias para una mejor aplicación de la tarifa que resulte elegida por el tribunal, sin alterar las condiciones sustantivas de la misma, el cual podrá ser interpuesto dentro del plazo de tres días contados desde su notificación.

Las costas del proceso serán solventadas por aquella parte cuya propuesta de tarifas resultare desechada por el tribunal.

Durante el proceso de arbitraje, los usuarios podrán utilizar el repertorio de la sociedad de gestión colectiva cuyas tarifas fueron controvertidas, pagando las tarifas establecidas por la entidad de gestión. La diferencia que resulte entre la tarifa pagada y la definitiva dará origen a reliquidaciones que serán determinadas en el fallo arbitral.”.

Artículo 2°.- Derógase el artículo 12 de la ley N° 19.227, que crea el Fondo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura.

Artículo 3°.- Sustitúyense los actuales incisos segundo y tercero del artículo 11 de la ley N° 19.227, por el siguiente inciso segundo:

“Igualmente, se castigará conforme a las penas establecidas en el artículo 79 de la ley N° 17.336 al que utilice procedimientos engañosos o fraudulentos para acceder indebidamente a los beneficios que otorga esta ley.”.

Sala de la Comisión, a 13 de septiembre de 2007.

Tratado y acordado en sesiones celebradas los días 8, 10 y 17 de mayo; 7, 14 y 21 de junio; 5, 12 y 19 de julio 2, 9, 27 y 30 de agosto; 6 y 13 de septiembre de 2007, con asistencia de los Diputados señores Tuma (Presidente), Arenas, Díaz, don Marcelo; Eluchans, Monckeberg, don Cristián; Galilea, Jarpa, Jiménez; Mulet, Ortiz, Paya, Vallespín, Aedo, De Urresti, Díaz, don Eduardo; Egaña, Escobar, Espinosa, don Marco; Farías, Godoy, Olivares, Rojas, Uriarte, y de las Diputadas Herrera, Allende y Nogueira.

ROBERTO FUENTES INNOCENTI
Secretario de la Comisión.

INDICE

I.- *CONSTANCIAS PREVIAS.*_____1

1.- **IDEA MATRIZ O FUNDAMENTAL DEL PROYECTO.**_____1

2.- **NORMAS DE CARÁCTER ORGÁNICO CONSTITUCIONAL O DE QUÓRUM CALIFICADO.**_____1

3.- **TRÁMITE DE HACIENDA.**_____2

4.- **EL PROYECTO FUE APROBADO, EN GENERAL, POR UNANIMIDAD.**_____2

5.- **SE DESIGNÓ DIPUTADO INFORMANTE AL SEÑOR ÁLVARO ESCOBAR RUFATT.**_____2

II.- *ANTECEDENTES.*_____2

*LEGISLACIÓN COMPARADA.*_____2

a) **Canadá**_____2

b) **Australia**_____2

c) **México**_____2

*EL MENSAJE*_____2

Excepciones y limitaciones al derecho de autor._____2

Derecho de cita._____2

Excepción para discapacitados._____2

Ordenamiento y actualización de las excepciones existentes._____2

Excepciones para bibliotecas y archivos._____2

Excepciones para fines educacionales._____2

Excepciones relativas a programas computacionales._____2

Excepción de copia temporal._____2

Otras excepciones._____2

INFRACCIONES, DELITOS, PENAS Y PROCEDIMIENTOS._____2

Infracciones, delitos y penas._____2

Delitos contra el dominio público y la gestión colectiva._____2

Delitos contra la gestión colectiva._____2

Delito de piratería._____2

Reformas del año 2003._____2

Determinación de perjuicios._____2

Disposiciones comunes a los procedimientos civiles y penales._____2

Acciones a disposición del titular._____2

Destino de los bienes infractores._____2

Medidas Precautorias._____2

Determinación de los perjuicios e indemnizaciones._____2

Medidas especiales de investigación._____2

Acción pública y presunción de derechos._____2

Disposiciones aplicables al procedimiento civil.	2
Entrega de información.	2
Procedimientos breves y sumarios.	2
Indemnización predeterminada.	2
RÉGIMEN DE LIMITACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET.	2
Prestadores de servicios de internet.	2
Prohibición de ejercer vigilancia o supervisión de los datos.	2
Medidas para el retiro, inhabilitación o bloqueo de contenidos infractores.	2
OTRAS MODIFICACIONES.	2
Derogación de extensión subjetiva de la protección.	2
Cesión legal de derechos en el caso de programas computacionales.	2
Definición de prestador de servicios de Internet.	2
Reconocimiento del derecho de reproducción temporal.	2
Autorización de uso de símbolo.	2
Tarifas de las Entidades de Gestión Colectiva de Derechos.	2
Autorizaciones concurrentes.	2
Artículos finales.	2
MENCIÓN ESPECIAL.	2
III.- INTERVENCIONES	2
DOÑA PAULINA URRUTIA FERNÁNDEZ, MINISTRA PRESIDENTA DEL CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES.	2
DOÑA YASNA PROVOSTE, MINISTRA DE EDUCACIÓN.	2
A) LA JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU DIFERENCIA CON LOS DERECHOS DE PROPIEDAD SOBRE BIENES MATERIALES.	2
B) EL PRINCIPIO DEL EQUILIBRIO COMO BASE DEL DERECHO DE AUTOR.	2
C) EVOLUCION DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS Y EL PELIGRO DE LA PÉRDIDA DE EQUILIBRIO.	2
D) IMPORTANCIA DE UN SISTEMA EQUILIBRADO	2
i) A Los Autores	2
ii) A Las Industrias Culturales	2
iii) A las industrias de tecnologías	2
1. Libertades necesarias para la realización de clases.	2
II. DISPOSICIONES A DESTACAR EN PARTICULAR	2
Licencia obligatoria y excepción para la edición de textos educacionales:	2
DOÑA GABRIELA ORTÚZAR, DIRECTORA DE LA COMISIÓN DE BIBLIOTECAS DEL CONSEJO DE RECTORES DE UNIVERSIDADES	

CHILENAS.	2
DON RODRIGO BULNES. ABOGADO DE BUSINESS SOFTWARE ALLIANCE Y REPRESENTANTE DE LA COMISIÓN NACIONAL ANTIPIRATERÍA.	2
DON PAULO SLACHEVSKY, DIRECTOR GENERAL DE EDITORES DE CHILE.	2
DOÑA CLAUDIA CUEVAS, PRESIDENTA DEL COLEGIO DE BIBLIOTECARIOS DE CHILE A.G.	2
DON EDUARDO CASTILLO, PRESIDENTE DE LA CÁMARA CHILENA DEL LIBRO.	2
DON JORGE OPAZO, PRESIDENTE DE LA BIBLIOTECA CENTRAL PARA CIEGOS.	2
DON LUIS PARDO, PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN DE RADIODIFUSORES DE CHILE (ARCHI).	2
DON FERNANDO UBIERGO; PRESIDENTE DE LA SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR.	2
DON ALBERTO CERDA, DIRECTOR DE LA ONG DERECHOS DIGITALES.	2
DOÑA CAROLINA ARANCIBIA, REPRESENTANTE DE LA CÁMARA NACIONAL DE COMERCIO SERVICIOS Y TURISMO DE CHILE	2
DON FERNANDO SILVA, ABOGADO ASESOR DE LA ASOCIACIÓN DE PRODUCTORES FONOGRAFICOS DE CHILE A.G.	2
DON ANTONIO MARINOVIC, ABOGADO DE LA ASOCIACIÓN DE DISTRIBUIDORES DE VIDEOGRAMAS A.G Y DE LA CÁMARA DE DISTRIBUIDORES CINEMATOGRAFICOS A.G (CADIC).	2
- PÉRDIDAS PARA LA INDUSTRIA	2
- ACCIONES ANTIPIRATERÍA EFECTUADAS POR ESTA INDUSTRIA.	2
- EL PROYECTO DEL EJECUTIVO.	2
CAPITULO III.	2
DON ALEJANDRO CALOQUEREA, GERENTE DE LA CÁMARA DE EXHIBIDORES DE CINE. (Asociación Gremial que agrupa a las tres principales cadenas cinematográficas de Chile: CINEMARK, CINEHOYTS y CHILEFILMS-CINEMUNDO).	2
DON RAFAEL CUMSILLE PRESIDENTE DE LA CONFEDERACIÓN DEL COMERCIO DETALLISTA Y TURISMO DE CHILE.	2
IV.- DISCUSIÓN DEL PROYECTO.	2
A) DISCUSIÓN GENERAL.	2
B) DISCUSIÓN PARTICULAR.	2
Artículo 1°.-	2

EL SEÑOR ALEJANDRO FERREIRO YAZIGI, MINISTRO DE ECONOMÍA,
FOMENTO Y RECONSTRUCCIÓN_____2

C) ARTÍCULOS E INDICACIONES RECHAZADAS POR LA COMISIÓN._____2

*Artículos del Mensaje:*_____2

*1.- Artículo 71 B. Es lícita, sin remunerar ni obtener autorización del titular, la reproducción de fragmentos de obras protegidas, que hayan sido lícitamente divulgadas, con fines de crítica, ilustración, enseñanza e investigación, siempre que se mencione su fuente, título y autor. (10x0).*_____2

*Indicaciones:*_____2

PROYECTO DE LEY_____2

“Título III_____2

“Capítulo II_____2

*De las acciones y procedimientos*_____2

*Párrafo 1°*_____2

*De las infracciones a las disposiciones de esta ley*_____2

*Párrafo 2°*_____2

*De los delitos contra la propiedad intelectual*_____2

*Párrafo 3°*_____2

*Párrafo 4°*_____2

“Capítulo III_____2

ANEXOS BIBLIOTECA CONGRESO NACIONAL