

UNIVERSIDAD GABRIELA MISTRAL
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO



DERECHO DE AUTOR EN CHILE Y EN ESPAÑA Y CONVENIOS ¿QUÉ TAN ATRASADOS
ESTAMOS?

AUTOR: Javier Ignacio Cristi Silva

MEMORIA DE TITULO PARA OPTAR AL GRADO ACADEMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURIDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUIA: Antonio Ecclefield Barbera

SEPTIEMBRE- 2020

SANTIAGO- CHILE

© Javier Ignacio Cristi Silva

Se autoriza la reproducción parcial o total de esta obra, con fines académicos, por cualquier forma, medio o procedimiento, siempre y cuando incluya la cita bibliográfica del documento.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	2
INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO I: DERECHO DE AUTOR EN CHILE	4
CAPÍTULO II: DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA	11
CAPÍTULO III: TRATADOS INTERNACIONALES Y CONVENIOS	18
CAPÍTULO IV: EJEMPLOS DE JURISPRUDENCIA	24
4.1.- Chile	24
4.2.- España	29
CONCLUSIÓN	33
BIBLIOGRAFÍA	34

RESUMEN

El presente trabajo, tiene por objetivo hacer un análisis comparativo entre el Derecho de autor en Chile y España en el ámbito de los resguardos e infracciones, especialmente el delito de piratería que se ha visto aumentado debido a la aparición de Internet. El análisis comparativo se efectúa desde el ámbito de la Ley, la Doctrina, los Convenios suscritos y la jurisprudencia de ambos países, revelando sus diferencias. Finalmente se busca identificar los elementos que sirven de base para calificar como deficiente y desactualizada la legislación relativa al Derecho de autor en Chile para enfrentar las nuevas formas en que se vulnera este derecho en comparación con la realidad de España.

Palabras clave: Derecho de autor, Propiedad Intelectual, piratería.

INTRODUCCIÓN

En el mundo actual, cada vez es más fácil el acceso de la información de cualquier tipo, desde libros, películas, trabajos universitarios, videojuegos, televisión por cable, la lista es amplia. Sin embargo, con la aparición de Internet, hace algunas décadas este acceso a la información se ha ido ampliando cada vez más, lo que ha provocado una expansión en materia de Derechos de Autor, en el ámbito de la Propiedad Intelectual.

En el caso de nuestro país la legislación chilena, no ha estado exenta de estos cambios, un ejemplo de ello es la reforma a la Ley de propiedad intelectual que ocurrió en el año 2010. En otros países, la tecnología también ha ido avanzando rápido, un ejemplo de ello es en España, donde se ha hecho necesario normar nuevas áreas, donde el Derecho de autor no había normado antes.

Desafortunadamente, nuestra legislación chilena, por diferentes motivos, se ha ido quedando atrás en esta materia, por lo que la labor de esta tarea ha pasado mayoritariamente en tribunales extranjeros y la legislación internacional.

Este trabajo, será un análisis comparativo de la legislación chilena en esta materia con la española (a modo de ejemplo) debido que este país al tener más desarrollado y además es similar en cuanto al sistema de Derecho que tiene Chile, para ver cuáles son las diferencias entre un país en vías de desarrollo con uno desarrollado en materia de Derecho de autor. También se darán algunas nociones básicas sobre Derecho de Autor, específicamente en materia de propiedad intelectual, en Chile y en especial de España, asimismo dará a conocer nociones sacadas de Tratados Internacionales que ha suscrito Chile. En materia de infracciones sobre Derecho de autor, se pondrá énfasis al delito de piratería, que según algunos medios de comunicación, nuestro país se encuentra dentro de la categoría de los que más cometen este tipo de delito. Se pondrán como ejemplo 2 casos sobre esta materia, una proveniente de Chile y otro caso proveniente de España.

Todo lo anterior, para llegar a la conclusión del porqué Chile se ha quedado atrás en materia de protección al derecho de autor.

CAPÍTULO I: DERECHO DE AUTOR EN CHILE

En nuestro derecho chileno, primero hay que comprender dónde está regulado el Derecho de autor. La Propiedad Intelectual se encuentra regulada en la Constitución Política de la Republica en el artículo 19 N° 25 que establece: “La constitución asegura a todas las personas”. “La libertad de crear y difundir las artes, así como el Derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales, y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular. El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley. Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la Ley”. Para Andrés Grunewaldt Cabrera “De la lectura de los citados incisos es posible señalar que, a nivel constitucional, se consagra en forma expresa la propiedad artística e intelectual, la cual se materializa en el derecho del autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas, contemplando una protección desde un punto de vista patrimonial y moral, mencionando como objeto de protección tanto la propiedad de la obra como los restantes derechos asociados, señalando a modo ejemplar la paternidad de la obra, la edición o autorización para hacerla pública, y la integridad de la misma”¹.

Por tanto, dentro de la Propiedad Intelectual en Chile, podemos distinguir entre 2 categorías, por un lado se encuentra el Derecho de autor que está en los incisos 1° y 2° del citado artículo de nuestra Constitución y por otro lado está la Propiedad Industrial regulada en el inciso 3.

Nuestra legislación las norma en dos leyes diferentes que son la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual que fue publicada en el Diario Oficial el 2 de Octubre de 1970 y en cuanto a la Propiedad Industrial esta se encuentra normado en la Ley N°19039 que fue modificada por el DFL N°3 de 20 de junio de 2006.

Respecto a estas 2 áreas, solo me referiré solo al derecho de autor. La Ley la define en su Artículo 1° Que son “los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. El derecho de autor, comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.”² Sin embargo “no basta con tener una idea o concepto para que exista el derecho de autor:

¹ GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013): “Delitos contra los derechos de autor en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, VOL. 2 NÚM. 2 (2013), Centro de Estudios en derecho Informático Universidad de Chile. Disponible en <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/30311/32097> [Fecha de la visita: 9 de Junio de 2010], p. 97.

² Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual. Publicado en el Diario Oficial el 2 de Octubre de 1970.

la idea debe estar expresada y plasmada en un resultado concreto, o fijada en algún soporte, cualquiera que este sea, incluso material, no tangible”³ ya que “El Derecho de autor, no protege las ideas sino que la expresión específica y concreta de las mismas”⁴.

Sin embargo, Alessandri y Somarriva dan una definición de lo que es propiedad intelectual o derecho de autor, que es la siguiente “Bajo el nombre de Derecho de autor o Propiedad intelectual trataremos los derechos, que por el solo hecho de su creación, tienen los autores de obras literarias, artísticas o científicas. O sea, siguiendo la ley chilena sobre la materia, tomamos la expresión propiedad intelectual en su sentido restringido, que abarca solo el Derecho sobre las mencionadas obras y no sobre todas las producciones del talento o del ingenio”⁵. A pesar de este concepto, Alessandri y Somarriva dan unas nociones sobre las infracciones del Derecho de autor, en las siguientes materias “El derecho de propiedad intelectual, permite defender la paternidad de la obra, persiguiendo el autor a los terceros que se la atribuyen a sí mismos, a los que lucran con ella sin autorización de su creador, a los que aún con permiso de este la reproducen, pero alterándola por su cuenta, etc.”⁶ Dentro de estas infracciones agrega “el otro gran atentado contra el derecho de autor es la explotación económica de la obra hecha fraudulentamente por terceros, que, sin permiso del autor, la publican o editan guardándose la utilidad pecuniaria obtenida. En este sentido, se habla de los “editores piratas”, cuyo castigo se hace difícil cuando operan en otro país, aunque las convenciones internacionales se esfuercen en contrario”⁷. En este sentido, en cuanto a los orígenes de este tipo de infracción que mencionan Alessandri y Somarriva se puede apreciar que ya en la época en que la menciona existía una dificultad para poder perseguir este tipo de delito, no solo en materia nacional, sino que también a nivel internacional, lo que ya alertaba del peligro que acarrearía para la protección del derecho de autor como tal, en materia de derecho Civil y en general en cuanto a materia de propiedad intelectual o derecho de autor.

En cuanto a las variadas infracciones que existen al derecho de autor, nos vamos a centrar en el ámbito de la piratería, que se encuentra normado en el Artículo 81 de la Ley de propiedad intelectual que consagra: “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

³ Consejo Nacional de la cultura y las artes (2017): *Guía de Derecho de autor. La protección de la Creación*. Disponible en <https://www.cultura.gob.cl/publicaciones/guia-derecho-autor/> [Fecha de la visita: 12 de Junio de 2020], p. 9.

⁴ Consejo Nacional de la cultura y las artes (2017), p. 9.

⁵ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. Y VODANOVIC, A. (2005): *Tratados de los Derechos Reales: Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 237.

⁶ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. Y VODANOVIC, A. (2005), p. 237.

⁷ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. Y VODANOVIC, A. (2005), p. 238.

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”. En este ámbito, Andres Grunewaldt Cabrera establece que : “Esta norma consagra el delito conocido como piratería, el cual concentra gran parte de los ingresos del Ministerio Publico y del Poder Judicial en materia de infracciones en contra del Derecho de autor”⁸. “También agrega que el sujeto activo del delito podría ser cualquier persona ya que el artículo mencionado agrega las palabras, ”el que”. Dentro de este contexto, agrega que existe la hipótesis de la piratería en menor escala, debido a tres hipótesis, que son comercialización, tenencia con fines de comercialización y alquiler”⁹. Agrega: “Después esta la segunda hipótesis que es la piratería a mayor escala que se encuentra en el inciso segundo del artículo 81 con lo cual se quiere sancionar con mayor severidad a las personas que se encuentran en el tramo superior de la cadena ilícita de comercialización de productos falsos. En este caso se pretende castigar a los proveedores de los comerciantes callejeros o bien a los sujetos que tienen montado un verdadero «laboratorio» de falsificación de obras protegidas, y no a los que venden dichos productos en las calles, los cuales debieran ser sancionados en base al inciso primero”¹⁰. “Por último, la norma en esta primera hipótesis se refiere a la introducción al país, concepto que no se encuentra definido en la ley, y que desde luego implica un adelantamiento de la barrera punitiva, al sancionar uno de los inicios de la cadena de producción y distribución de obras que no cumplen con los requisitos exigidos por la ley”¹¹.

Después de esto según Grunewaldt Cabrera esta la faz subjetiva que según establece: “En esta figura el dolo se integra por el conocimiento que la acción realizada hace recaer sobre alguno de los objetos que enumera la ley y además se debe estar en conocimiento que no se es titular o cesionario del derecho de propiedad intelectual correspondiente. En cuanto a la posibilidad de sancionar actos de piratería cometidos con dolo eventual, siguiendo la doctrina tradicional sobre la materia, al no utilizar la ley expresiones como «maliciosamente» o «a sabiendas», no se divisa en teoría inconveniente alguno en que se sancione actos de piratería en este contexto. Adicionalmente, en la segunda hipótesis descrita se requiere que la “conducta se realice con ánimo de lucro, concepto que en materia de propiedad intelectual ha sido definido como aquella tendencia subjetiva del autor tendiente a obtener una ventaja patrimonial por la apropiación de una cosa con valor económico.

⁸ GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), p.147.

⁹ GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), p.147.

¹⁰ GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), pp. 148-149.

¹¹ GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), p. 149.

Dentro de este delito pone como otros temas relevantes el que a nivel jurisprudencial se han presentado dos temas sumamente interesantes que merecen ser comentados: en primer término la necesidad de contar con peritajes para acreditar la falsedad de las obras ofrecidas o comercializadas, y en segundo lugar la valoración de las especies ilícitas¹². Es decir, a pesar de que este autor establece los elementos del delito de piratería, cabe mencionar que también establece que en materia de jurisprudencia a pesar de que es numerosa, junto con la doctrina en materia de propiedad intelectual, es escasa.

En Chile, la gestión de los Derechos de autor y Derechos conexos se pueden realizar mediante Sociedades de gestión colectiva, que “Son corporaciones chilenas de derecho privado que cuentan con una autorización del Ministerio de Educación, para dedicarse a la realización de las actividades de administración, protección y cobro de los derechos intelectuales de sus afiliados o socios”¹³ y se dedican a ser “organizaciones que actúan en representación de los titulares de derechos de autor y conexos, para facilitar el otorgamiento de licencias y el cobro de las remuneraciones correspondientes”¹⁴. Entre las organizaciones que existen en nuestro país que se encargan del derecho de autor, están el departamento de Derechos Intelectuales, el Consejo Nacional de la Cultura y las Artes y la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales.

¿Pero qué se entiende como infracción al derecho de autor? Según Hugo Berkemeyer “Lo que se refiere a la materia de los derechos de autor, las infracciones más comunes y más fáciles de perpetrar son aquellas cometidas en violación de los derechos que protegen obras musicales, películas y en particular, los programas de ordenador o software”¹⁵ en este sentido, en caso de los programas de ordenadores (o de computadora) se define como “Conjunto de instrucciones expresadas en palabras, códigos, esquemas o de cualquier otra forma que, cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que una Computadora - dispositivo electrónico o similar con capacidad para procesar información- realice una tarea determinada o produzca un resultado concreto”¹⁶. Es decir, en cuanto a materia de derecho de autor, cuando hay dudas sobre que significa cada materia hay que atenerse a las fuentes que en este caso son las normas del derecho Internacional. En este ámbito según este autor: “El año 2006 Estados Unidos y Japón lanzaron la

¹² GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), p. 150.

¹³ Consejo Nacional de la cultura y las artes (2017), p. 65.

¹⁴ Consejo Nacional de la cultura y las artes (2017), p. 63.

¹⁵ BERKEMEYER, HUGO. (2011): “Desafíos de la propiedad Intelectual”. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, pp. 126-127.

¹⁶ OMPI (s.f.): *Guía sobre los tratados de derecho de autor y derechos conexos administrados por la OMPI*. Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf [Fecha de la visita: 15 de Junio de 2020], p. 314.

idea de un acuerdo plurilateral en la lucha contra la falsificación y la piratería. El principal objetivo consiste en acercar a aquellos países desarrollados y en desarrollo, que tuvieran interés en participar en la lucha contra la falsificación y la piratería, negociar un acuerdo que permita la cooperación internacional a través de estándares efectivos para el fortalecimiento de los derechos de propiedad intelectual. Todo ello mediante una mayor cooperación internacional, el fortalecimiento de los marcos prácticos, y el fortalecimiento de las medidas de lucha”¹⁷. Sin embargo, Chile es uno de los países que no forman parte de este tratado.

Ya habíamos dicho anteriormente que Alessandri y Somarriva daban una definición a lo que era el derecho de autor. En cuanto a esta materia, sus fundamentos hablan de un Derecho moral de autor y un derecho Patrimonial Según Alessandri y Somarriva: “Nuestra Ley, siguiendo la doctrina universal, declara que el derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento y la paternidad y la integridad de la obra”¹⁸. Dentro de las facultades que comprende el Derecho Moral de autor según Alessandri y Somarriva el artículo 14 de la Ley de propiedad Intelectual se encuentran: “1) Reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido, 2) Oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento. No se considerarán como tales los trabajos de conservación, reconstitución o restauración de las obras que hayan sufrido daños que alteren o menoscaben su valor artístico. 3) Mantener la obra inédita. 4) Autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere y 5) Exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras esta no pertenezca al patrimonio cultural común. El artículo 15 agrega que: El Derecho moral es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor. El artículo 16 de la Ley de Propiedad Intelectual así como Alessandri agregan que: “Los derechos enumerados en los artículos precedentes, son inalienables y es nulo cualquier pacto en contrario. Por eso el plagio puede ser impugnado y perseguido siempre”¹⁹.

En cuanto al derecho patrimonial, Alessandri, Somarriva y el Artículo 17 de la Ley de Propiedad Intelectual se refiere a las siguientes nociones: “El derecho patrimonial confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de trasferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros”²⁰. También en el ámbito del derecho de autor podemos encontrar Derechos conexos que según Alessandri se encuentran clasificados en los siguientes artículos, y son materias de Ley: Artículo 65 Inciso 1° “Son derechos

¹⁷ BERKEMEYER, HUGO. (2011), p. 137.

¹⁸ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. VODANOVIC, A. (2005), p. 240.

¹⁹ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. VODANOVIC, A. (2005), p. 241.

²⁰ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. VODANOVIC, A. (2005), p. 241.

conexos al derecho de autor los que la Ley de Propiedad intelectual otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de las mismas, sin perjuicio de las que corresponden al autor de la obra”. Sin embargo, también se pueden definir como “Derechos de propiedad que la ley reconoce a personas que, sin ser autores, realizan actividades relacionadas con la creación, en ciertas formas específicas —generalmente de difusión”²¹. Esto se refuerza con lo que dice Andres Grunewaldt Cabrera: “Ya desde la publicación de esta ley se contemplaban infracciones a los derechos de autor de tipo administrativo y también penal. Respecto de estas últimas, con una deficiente redacción —al punto de vulnerar los principios de legalidad y tipicidad penal— el artículo 79 del texto legal aprobado en aquella época señalaba que «los delitos de violación de los derechos de autor o los derechos conexos serán penados con multas de dos a diez sueldos vitales anuales, escala A, del departamento de Santiago». A su vez, el inciso segundo de la citada norma tipificaba —esta vez de un modo más detallado— el delito de falsificación de las planillas de ejecución, remitiéndose a las penas del delito de estafa, previsto en el artículo 467 del Código Penal”²². En cuanto a la estructura y regulación del derecho de autor en Chile, esta puede ser fiscalizada por las Sociedades de gestión colectiva que en materia de propiedad intelectual, establece que la protección de esta materia, más que proteger a la idea en sí, lo que se quiere proteger es a la persona quien es dueño de su creación para obtener un beneficio.

Alessandri, ponía esta idea como contexto “En toda obra literaria, artística o científica hay que distinguir la idea y su expresión. Pues bien, el derecho de autor no protege la idea, sino la expresión de la misma”²³. Es decir, en materia de Propiedad intelectual, esta es la labor que se quiere proteger en profundidad sobre Derecho de autor.

En nuestra legislación nacional, cabe preguntarse ¿Hasta qué momento se considera infracción a los derechos de autor revender una cosa? Según Andres Grunewaldt Cabrera: “Resulta sumamente importante citar el inciso final del artículo 18, el cual dispone que «con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido». Este inciso consagra el sistema de agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”²⁴. Respecto a este último punto, la doctrina comparada define el agotamiento como “El agotamiento del derecho de propiedad intelectual significa que el derecho exclusivo del que goza un titular de un derecho de propiedad intelectual

²¹ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. VODANOVIC, A. (2005), p.17.

²² GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), p. 97.

²³ ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. VODANOVIC, A. (2005), p. 236.

²⁴ GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013), p. 126.

termina en el momento en que él introduce (o permite introducir) en el comercio productos o bienes que están protegidos por dicho derecho”²⁵.

En cuanto a los avances en materia de Propiedad intelectual, la última modificación que hubo fue en el año 2010 que introdujo la derogación de los párrafos III y IV del Capítulo V Del Título I, la incorporación del Título III sobre Limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos. El Capítulo III del Título IV que habla de la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet y la sustitución del Título V sobre de la gestión colectiva de los derechos de autor y conexos y finalmente la derogación del Título VI entre otros cambios hecho en ese mismo año. Aparte de lo mencionado, esta Ley no ha sufrido alteraciones, en los últimos años.

En Chile, según constan organismos internacionales, en materia de Propiedad Intelectual la Ley más reciente en esta materia, fue la modificación de la Ley antes mencionada. Sin embargo, en materia de Leyes relativas a la propiedad intelectual adoptada en nuestro país según la OMPI fue la Ley N° 20.750 que permite la introducción sobre Televisión digital terrestre que se publicó el año 2014. Aparte de estas materias, en materia de propiedad intelectual, no ha habido nuevas leyes ni modificaciones en la actualidad.

A pesar que existe normativa en nuestro país y se actualizó hace varios años, no existen muchos casos que regulen esta materia de propiedad intelectual en el caso de las infracciones penales, en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia. La mayoría de las veces, en los casos que ocurren fuera del país, la labor lo hacen los tribunales de otros países, ya que según la Ley, el artículo 2 Establece: “que la presente ley ampara los derechos de todos los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos y de los extranjeros domiciliados en Chile. Los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión extranjeros no domiciliados en el país gozarán de la protección que les sea reconocida por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique”. En este sentido se puede inferir que la Ley de Propiedad Intelectual que se protege en nuestro país, sólo protege dentro del territorio nacional a no ser que haya habido una convención o Tratado Internacional.

Finalmente, según el Artículo 10 de La Ley de Propiedad Intelectual establece que: “La protección otorgada por la presente Ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años mas, contados desde la fecha de su fallecimiento”.

²⁵ CASTRO GARCIA, J, D. (2009): “El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”. En *Revista La Propiedad Inmaterial*. 13 (nov. 2009) Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/463/442> [Fecha de la visita: 12 de Junio de 2020], p. 256.

CAPÍTULO II: DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA

En cuanto al derecho Español, este también hace un reconocimiento constitucional a la protección del Derecho de Autor, tal como lo establece el artículo 20 N° 1 letra b que: “Se reconocen y protegen los Derechos. A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”. España al ser un país clasificado como desarrollado y perteneciente a la Unión Europea, también a tenido que hacer frente a su protección.

Tal como lo establece Portero Lameiro el Derecho español, tiene las siguientes nociones sobre el Derecho de autor: “Partiendo de la consideración del Derecho de Autor como un derecho de propiedad y, admitiendo que su objeto es la protección de un bien inmaterial (la obra), resulta evidente que la creación intelectual presente peculiaridades con respecto a otra institución jurídica relacionada con la propiedad de la obra, me refiero la posesión de la misma. Ésta, al igual que la propiedad, ha venido construyéndose, a lo largo de la Historia, pensando en los bienes materiales, y no parece fácilmente adaptable a los bienes inmateriales, como lo son las obras intelectuales.

Ahora bien, en contra de lo que pudiera parecer, el Derecho de Autor, como derecho de propiedad que es, atribuye un disfrute total y absoluto a su titular. Así pues, el Derecho de la Propiedad Intelectual confiere al autor de la obra un derecho de propiedad sobre este bien inmaterial. Ciertamente, se trata de una propiedad especial.”²⁶.

La legislación española respecto al Derecho de autor señala lo siguiente: “Bajo mi punto de vista, nuestro ordenamiento jurídico se adscribe a un enfoque dualista que configura de modo divergente los derechos de autor, los cuales obedecen a distintos propósitos, de un lado, los de carácter patrimonial y, de otro lado, los de índole moral. En todo caso, el derecho de autor debe ser observado como un todo, es decir, en un marco de conjunto. Pero ello no significa -como he señalado que en nuestro sistema impere una noción monista”²⁷.

“En todo caso, en España, como en otros países de nuestro entorno, donde rige el ordenamiento jurídico continental y, en mayor medida, en territorios propios del sistema anglosajón, los derechos de autor son -afortunadamente- una realidad desde tiempos remotos. Por el contrario, en el régimen árabe la propiedad intelectual es relativamente nueva, pues países como Marruecos se incorporaron a la OMPI a principios del s. XXI. Desgraciadamente en estos últimos reinos, hasta hace poco más de una década, los creadores adolecían de ciertas carencias en la materia. De tal modo que el comprador de un ejemplar de una determinada obra intelectual podía disponer de ésta, a todos los

²⁶ PORTERO LAMEIRO, J, D. (2016): *La (relativa) constitucionalidad de los derechos de autor en España Antecedentes y estado de la cuestión*. Editorial Dykinson, Madrid España. pp. 28-29.

²⁷ PORTERO LAMEIRO, J, D. (2016), pp. 30-31.

efectos, sin la necesaria autorización del autor. Lo que suponía, entre otras cosas, un aprovechamiento indebido del esfuerzo ajeno.”²⁸.

En cuanto a los Derechos patrimoniales, este autor señala lo siguiente: “Los derechos patrimoniales que genera la creación intelectual, son: a) el derecho de reproducción (art. 18 TRLPI); b) el derecho de distribución (art. 19 TRLPI); c) el derecho de comunicación pública (art. 20 TRLPI); y d) el derecho de transformación (art. 21.1 TRLPI). Todas estas facultades económicas, atribuidas -inicialmente- al autor, muestran una duración limitada en el tiempo. Según el art. 26 TRLPI, dicha temporalidad se establece en un período de tiempo que concluye 70 años después del fallecimiento del autor.

En cuanto a la transmisión inter vivos de los derechos de explotación, la Ley la califica de cesión (art. 43.1 TRLPI), si bien a lo largo de otros de sus preceptos legales se emplean los términos: cesión en exclusiva (art. 48 TRLPI), cesión no exclusiva (art. 50 TRLPI) o, cesión del derecho de uso (art. 99 TRLPI). Así las cosas, la cuestión debe centrarse en la posición del cesionario en exclusiva frente al no exclusivo, y en la posibilidad de que, al margen del TRLPI, el autor pueda enajenar por negocio inter vivos su derecho patrimonial. Según el art. 43 TRLPI: 27 "1. Los derechos de explotación de la obra pueden transmitirse por actos ínter vivos, quedando limitada la cesión al derecho o derechos cedidos, a las modalidades de explotación expresamente previstas y al tiempo y ámbito territorial que se determinen; 2. La falta de mención del tiempo limita la transmisión a cinco años y la del ámbito territorial al país en el que se realice la cesión. Si no se expresan específicamente y de modo concreto las modalidades de explotación de la obra, la cesión quedará limitada a aquella que se deduzca necesariamente del propio contrato y sea indispensable para cumplir la finalidad del mismo; 3. Será nula la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro; 4. Serán nulas las estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro; 5. La transmisión de los derechos de explotación no alcanza a las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos al tiempo de la cesión”²⁹.

“De otro lado, el TRLPI se refiere a la transmisión mortis causa en su art. 42, cuyo tenor literal es el siguiente: “Los derechos de explotación de la obra se transmiten mortis causa por cualquiera de los medios admitidos en derecho”.³⁰

“En cuanto a los Derechos morales: (art. 14 TRLPI) que genera la obra de autoría, son: a) el derecho a la paternidad al divulgar la obra; b) el derecho a la integridad de la obra; c) el derecho de divulgación de la obra; y d) los derechos de modificación y de retirada de la obra del comercio, y el

²⁸ PORTERO LAMEIRO, J. D. (2016), p. 32.

²⁹ PORTERO LAMEIRO, J. D. (2016), pp. 26-27.

³⁰ PORTERO LAMEIRO, J. D. (2016), p.27.

de acceso al ejemplar único o raro de la obra. El derecho moral de autor se transmite mortis causa a sus herederos o a otros causahabientes. Es irrenunciable e inalienable al no ser susceptible de valoración económica y, por ello, se encuentra fuera de comercio posible, es decir, es inenajenable e inembargable y atribuye al titular las siguientes facultades: a) derechos a la integridad y a la paternidad de la obra (ambos con carácter perpetuo en el tiempo "post mortem auctoris") ; b) derecho de divulgación de la obra (limitado en el tiempo hasta la extinción del derecho patrimonial); c) derechos de modificación, de retirada, y de acceso a ejemplar único y raro (los cuales se extinguen tras la muerte del autor)³¹.

En cuanto a los derechos conexos: "Son frecuentemente administrados por entidades de gestión y, a diferencia de lo que ocurre en los derechos de índole patrimonial, se trata de facultades atribuidas al autor con carácter irrenunciable, al tiempo que son transmisibles únicamente por sucesión mortis causa. Por tanto, coincidiendo en estos dos últimos aspectos con los derechos de orden moral"³².

En cuanto a materia de si es un derecho flexible en cuanto a su protección o un Derecho más rígido, podríamos decir que en comparación con nuestra legislación nacional nuestro Derecho es más flexible que el español.

En cuanto la doctrina española: "El objeto esencial del Derecho de Autor es proteger la obra, lo cual, a su vez, reportará una serie de privilegios al creador de la misma. Por ello, la noción de lo que debe entenderse por obra intelectual reviste una enorme importancia.

En todo caso, el concepto de obra es independiente del de su soporte. En este sentido, el Derecho de Autor brinda su protección a la parte inmaterial de la obra o corpus mysticum y no a su soporte o corpus mechanicum. Dicho esto, es necesario puntualizar que el corpus mysticum no es la idea en la que se basa una determinada creación, pues la ideación precede la consecución de la obra.

Además, la idea no cuenta con el amparo del Derecho de Autor. Si acaso, reunirá eficacia cuando, una vez materializada o plasmada en un soporte, deja de ser idea para convertirse en obra"³³. O sea, se puede suponer que en este caso su protección en materia constitucional protege intereses económicos, pero no protege a la idea misma, sino que al igual que el derecho de autor en Chile, este se protege una vez seguidos los requisitos establecidos en la Ley.

En el caso de los delitos contra la propiedad intelectual, estos se encuentran consagrados en el Capítulo XI titulado "De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores" en su Sección 1.^a titulada "De los delitos relativos a la propiedad intelectual" que

³¹ PORTERO LAMEIRO, J. D. (2016), pp. 27-28.

³² PORTERO LAMEIRO, J. D. (2016), p. 28.

³³ PORTERO LAMEIRO, J. D. (2016), pp. 21-22.

abarca los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal español. A diferencia de nuestro país que los delitos de Propiedad Intelectual se encuentran regulados en la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual en su Título IV de las “disposiciones generales” Capítulo II “De las acciones y procedimientos” en los párrafos I y II “De las Infracciones a las Disposiciones de esta Ley” y “De los Delitos Contra la Propiedad Intelectual” en sus artículos 79 a 85 A.

En materia de historia según Cárdeno Shaadi, la protección de la propiedad intelectual “Como toda materia especializada del derecho, lo que hoy se conoce como Derechos de autor y derechos conexos, ha logrado su evolución a través de la madurez en la historia. Desde que el ser humano plasmó su ingenio creativo en obras artísticas y científicas, la humanidad ha avanzado paso a paso, hasta lograr el presente que hoy conocemos”³⁴. “El reino de España, máxima potencia mundial del siglo XV, prestaba especial atención en otorgar patentes sobre las invenciones y obras literarias, que le brindaran una ventaja al mundo”³⁵. También agrega que el derecho de autor, se remonta a tiempos antiguos. “Las civilizaciones de Roma y Grecia, castigaban el plagio de una obra y reconocían derechos de cita y de propiedad a los individuos que escribían o pintaban sobre su papiro o esculpían sobre sus propias piedras”³⁶.

En cuanto a la normativa que regula la propiedad intelectual en España, esta es el Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de Abril del año 1996 derogando la Ley anterior que era la 22/1987 que había recibido modificaciones en el transcurso de los años.

En cuanto a la estructura de esta Ley es la siguiente “Esta el LIBRO PRIMERO de los derechos de autor y este se clasifica en los Título I que habla de las disposiciones generales, el TÍTULO II que habla de sujetos, objeto y contenido, TÍTULO III Duración, límites y salvaguardia de otras disposiciones legales, TÍTULO IV dominio público, TÍTULO V transmisión de los Derechos, TÍTULO VI Obras cinematográficas y demás obras audiovisuales, TÍTULO VII Programas de ordenador LIBRO SEGUNDO De los otros derechos de propiedad intelectual y de la protección «sui generis» de las bases de datos este se clasifica en TÍTULO I Derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, TÍTULO II Derechos de los productores de fonogramas TÍTULO III Derechos de los productores de las grabaciones audiovisuales TÍTULO IV Derechos de las entidades de radiodifusión TÍTULO V La protección de las meras fotografías TÍTULO VI La protección de determinadas

³⁴ CÁRDENO SHAADI. J, R. (2012): “El primer registro de derechos en materia autoral hasta hoy conocido”, *Revista Mexicana del Derecho de autor*, N° I, semestre 2012- 2013, Instituto Nacional del Derecho de autor, Nueva época, Mexico D.F. Disponible en https://www.indautor.gob.mx/documentos/publicaciones/RevMexDerechoAutor_historico.pdf [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020], p. 36.

³⁵ CÁRDENO SHAADI. J, R. (2012), p. 37.

³⁶ CÁRDENO SHAADI. J, R. (2012). p. 36.

producciones editoriales TÍTULO VII Disposiciones comunes a los otros derechos de propiedad intelectual TÍTULO VIII Derecho "sui generis" sobre las bases de datos LIBRO TERCERO De la protección de los derechos reconocidos en esta Ley TÍTULO I Acciones y procedimientos TÍTULO II El Registro de la Propiedad Intelectual TÍTULO III Símbolos o indicaciones de la reserva de derechos TÍTULO IV Gestión colectiva de los derechos reconocidos en la ley TÍTULO V Comisión de Propiedad Intelectual TÍTULO VI Protección de las medidas tecnológicas y de la información para la gestión de derechos LIBRO CUARTO Del ámbito de aplicación de la ley ANEXO Contenido del informe anual de transparencia”³⁷.

En el caso de las infracciones contra el Derecho de Autor, en España se establecen las siguientes nociones respecto a sus consecuencias: “La utilización de obras y prestaciones culturales (obras literarias, musicales, fotográficas, cinematográficas, etc.) sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual sobre las mismas puede suponer la vulneración de esos derechos de propiedad intelectual, tener un impacto terriblemente negativo en el desarrollo cultural y en la difusión de la cultura, y provocar un importante menoscabo económico que redundaría en la desaparición de empresas y en la destrucción de puestos de trabajo. Asimismo, esa vulneración de derechos de propiedad intelectual es un acto de competencia desleal, notablemente perjudicial para el desarrollo de la industria cultural legal. Además, esa utilización de obras y prestaciones culturales sin autorización puede constituir un ilícito civil o incluso penal. Ante dichas vulneraciones de derechos, el titular de los mismos o su representante legal pueden ejercitar las acciones civiles (de reparación de daños y perjuicios, etc.) y penales previstas en la ley”³⁸.

Pero: “¿Cómo se lucha contra la piratería? La vulneración de derechos de propiedad intelectual, tanto en el ámbito físico como en Internet, constituye un ilícito civil y permite la interposición de la correspondiente demanda con el fin especialmente de indemnizar el daño causado, y, en los supuestos más graves, está tipificada como delito en los artículos 270, 271 y 272 del Código Penal, castigándose con penas de prisión y multa. En los casos de vulneración de derechos de propiedad intelectual en Internet, existe también la posibilidad, para el titular de sus derechos o su representante, de instar la actuación de la Sección Segunda de la Comisión de Propiedad Intelectual, órgano adscrito al Ministerio con competencia para notificar al servicio de la sociedad de la

³⁷ Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> [Fecha de la visita: 17 de junio de 2020].

³⁸ Gobierno de España, Ministerio de Cultura y deporte (s.f.): Disponible en <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual/preguntas-mas-frecuentes/infraccion-de-derechos.html> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

información y requerirle la retirada de los contenidos que infrinjan los derechos de propiedad intelectual del solicitante”³⁹.

Comparando los artículos de la Ley de Propiedad Intelectual chilena con la española, podemos notar que en este último cada artículo tiene un título, lo que hace más fácil localizar que materias se regula. O sea, podemos notar que la estructura de la Ley está organizada de forma que permite localizar de que trata cada artículo, mientras que en la Ley chilena hay que buscarlo según lo que dice cada capítulo. Como habíamos mencionado antes, la Ley española sobre propiedad intelectual fue establecida como tal en la década de los 90 y su última modificación fue en el año 2019 con la correspondiente “Ley 2/2019, de 1 de marzo, por la que se incorporan al ordenamiento jurídico español la Directiva 2014/26/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, y la Directiva (UE) 2017/1564 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de septiembre de 2017”⁴⁰. Mientras que la Ley chilena se ha mantenido desde la década de los 70 con su última modificación en el año 2010. Sin embargo, realizar una comparación entre leyes de diferentes países no significa que existan avances o retrocesos.

Al explicar estas leyes, y como opera el derecho español tanto en materia civil como penal podríamos analizar que en cuanto a su eficacia en la protección de este derecho. A pesar de poner como ejemplo un país desarrollado que ha suscrito tratados internacionales y está regido bajo la normativa de la unión Europea, no significa que sea más o menos susceptible en la cantidad de casos de infracciones. Sin embargo, hay que notar, que en el ámbito de la piratería en internet, los tribunales si persiguen a los autores en esta materia, como ya habíamos explicado anteriormente. El Derecho español a pesar de perseguir a sus infractores, no significa que los delitos sean de menor gravedad.

El derecho español en materia de Derecho de autor presenta diferencias con el derecho chileno, que al menos se fundamentan desde el punto de vista histórico como son la época desde que ha protegido este Derecho. También desde el punto de vista de las leyes en el sentido de su vigencia y hasta qué punto abarcan estas legislaciones, como también en qué grado abarcan la piratería en el ámbito de Internet que es un área relativamente nueva que abarca el derecho de autor y que debido a los avances tecnológicos de la época va a tener que adaptarse a las nuevas tendencias.

Pero ambas legislaciones coinciden en que su protección es importante desde el punto de vista constitucional, ya que este derecho se consagra en ellas. Como también el plazo de su duración que

³⁹ Gobierno de España, Ministerio de Cultura y deporte (s.f.): Disponible en <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual/preguntas-mas-frecuentes/infraccion-de-derechos.html> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

⁴⁰ Ley 2/2019. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2974&fbclid=IwAR3AzQnqAG_SKTybQg6xuycLuyFQNDCN-hc-2YNSeSFBcQrBdaI7IYmUNw [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

es durante toda la vida del autor hasta 70 años después de su muerte, según el artículo 10 de la Ley chilena y el artículo 26 de la ley española.

En cuanto tratados Internacionales, ambos países suscribieron los mismos convenios en cuanto a la protección de los Derechos de autor que serían los que vamos a describir en el capítulo siguiente. La diferencia, sería que España tiene sus propios convenios con la Unión Europea, para concordar con otros países de la región y Chile suscribió un tratado con Latinoamérica, debido a que ambos países están en distintos continentes.

CAPÍTULO III: TRATADOS INTERNACIONALES Y CONVENIOS

En este ámbito, Chile y España firmaron Convenios con organizaciones internacionales, y también tratados Internacionales. Entre los que se pueden destacar los siguientes:

Esta el Convenio de Berna para la protección de las obras Literarias y artísticas Acta de Paris del 24 de Julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979, que en el preámbulo declara su objetivo y finalidad que son los siguientes: "Los países de la Unión, animados por el mutuo deseo de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas". "El primer párrafo del Preámbulo determina, en términos generales, tanto el objeto como el fin del Convenio cuando declara el "deseo" de los países de la Unión" de "proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas". El fin ("el deseo") de los países de la Unión (o sea, de las Partes Contratantes en el Convenio) es "proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas"⁴¹. Además "Uno de los elementos que incluye el objetivo que se proponen los países de la Unión es que las normas relativas a la protección de esos derechos sean lo más uniformes posible"⁴². Dentro de las disposiciones más importantes de este tratado, se encuentra el artículo 2 número 1 que establece en el comienzo que: "Los términos obras literarias y artísticas, comprenden todas las producciones en el campo literario, científico, artístico, cualquiera que sea el modo y forma de expresión". "Aunque no se diga explícitamente en el Artículo 2.1), el contexto en el que se utilizan las palabras "obra" y "autor" en el Convenio - estrechamente relacionadas una con otra - indica que sólo las producciones que son creaciones intelectuales pueden considerarse obras (y, por consiguiente, sólo las personas cuya actividad intelectual da origen a esas obras pueden considerarse autores). Este es el primer elemento básico del concepto de obras literarias y artísticas."⁴³. Y "el segundo elemento básico del concepto de obras literarias y artísticas se refiere a los adjetivos "literarias" y "artísticas"⁴⁴. Este Convenio aun rige en la actualidad y en ambas legislaciones ha servido como base fundamental en cuanto a la protección del Derecho de autor. Sin embargo, Chile y España difieren con este Convenio en el ámbito de la duración de la protección de las obras, ya que las leyes de ambos países establecieron que el plazo de tiempo es de setenta años después de la muerte del autor, el Convenio en el artículo 7 N°1 dice: "La protección

⁴¹ OMPI (s.f.): *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*. Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020], p. 20.

⁴² OMPI (s.f.), p. 20.

⁴³ OMPI (s.f.), p. 23.

⁴⁴ OMPI (s.f.), p. 24.

concedida por el presente Convenio se extenderá durante la vida del autor y cincuenta años después de su muerte”.

También se encuentra la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonograma y los organismos de Radio Difusión. Hecho en Roma el 26 de octubre de 1961 Cuyo Preámbulo establece que: “Los estados contratantes, animados del deseo de asegurar la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión”. “Entre dos Preámbulos existen diferencias lógicas en lo referente al tipo de derechos protegidos. En el Preámbulo del Convenio de Berna se habla de los "derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas", mientras que en el Preámbulo de la Convención de Roma se mencionan "los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión". El Preámbulo del Convenio de Berna parece ser más preciso, ya que también clarifica que lo que la Convención protegerá no son cualesquiera derechos de los autores; sino sólo los que se garantizan con respecto a sus obras literarias y artísticas. No obstante, queda claro en el texto de la Convención de Roma que "los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas, y los organismos de radiodifusión" tampoco son cualesquiera derechos, sino sólo aquéllos que se conceden a los artistas Intérpretes o ejecutantes con respecto a sus interpretaciones y ejecuciones, a los productores de fonogramas con respecto a sus fonogramas, y a los organismos de radiodifusión con respecto a sus emisiones.”⁴⁵. En su artículo primero establece que “La protección prevista en la presente Convención dejará intacta y no afectará en modo alguno a la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y artísticas. Por lo tanto, ninguna de las disposiciones de la presente Convención podrá interpretarse en menoscabo de esa protección”. Estableciendo que “Los sujetos de la protección del derecho de autor son diferentes de los de los derechos conexos y, por ello, el derecho de autor y los derechos conexos son mutuamente independientes. Por lo tanto, puede considerarse que esta disposición afirma algo obvio y por lo tanto innecesario”⁴⁶.

La Convención Universal sobre Derecho de autor, administrada por la UNESCO, fue suscrita por Chile en la ciudad de Ginebra, el año 1952. Posteriormente fue promulgado por el D.S. N°75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicada en el Diario Oficial N°23.206 de 26 de julio del mismo año⁴⁷.

⁴⁵ OMPI (s.f.), p. 136.

⁴⁶ OMPI (s.f.), p. 138.

⁴⁷ Departamentos de Derechos Intelectuales (s.f.): Disponible en <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/sitio/Secciones/Legislacion/Tratados-Internacionales/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

El Convenio de 29 de octubre de 1971 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas. Cuyo Preámbulo establece: “Los Estados contratantes, Preocupados por la extensión e incremento de la reproducción no autorizada de fonogramas y por el perjuicio resultante para los intereses de los autores, de los artistas intérpretes o ejecutantes y de los productores de fonogramas; Convencidos de que la protección de los productores de fonogramas contra los actos referidos beneficiará también a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los autores cuyas interpretaciones y obras están grabadas en dichos fonogramas; Reconociendo la importancia de los trabajos efectuados en esta materia por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual; Deseosos de no menoscabar en modo alguno los convenios internacionales en vigor y, en particular, de no poner trabas a una aceptación más amplia de la Convención de Roma del 26 de octubre de 1961, que otorga una protección a los artistas intérpretes o ejecutantes y a los organismos de radiodifusión, así como a los productores de 1691 fonogramas; Han convenido lo siguiente” En este sentido se establece que “El Convenio Fonogramas se suele definir como un "convenio contra la piratería", lo cual refleja claramente las razones por las que se elaboró y se adoptó el Convenio. Sin embargo, en el texto del Convenio, con inclusión del Preámbulo (que es donde se suelen señalar los objetivos de un tratado determinado), no se utiliza la palabra "piratería". En su lugar se utiliza una expresión más general, a saber, "la extensión e incremento de la reproducción no autorizada de fonogramas"⁴⁸. “En realidad, la "reproducción no autorizada" constituye un fenómeno más amplio que la "piratería"⁴⁹.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. fue suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, promulgado por el D.S. N°326, de 1989, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 33.382, de 27 de mayo de 1989. Parte III, artículo 15⁵⁰ que establece que. “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona” letra c: “Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

El Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF, o WPPT en inglés), de 20 de diciembre de 1996. Que en el preámbulo establece que: “Las Partes Contratantes Deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas de la manera más eficaz y uniforme posible,

⁴⁸ OMPI (s.f.), p. 169.

⁴⁹ OMPI (s.f.), p. 169.

⁵⁰ Departamentos de Derechos Intelectuales (s.f.): Disponible en <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/sitio/Secciones/Legislacion/Tratados-Internacionales/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales que ofrezcan soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por los acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la producción y utilización de interpretaciones o ejecuciones y de fonogramas, Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, Han convenido lo siguiente” cabe destacar que, “El primer párrafo del Preámbulo es el mismo del Preámbulo del WCT, con la diferencia de que aquí, naturalmente, se hace referencia a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, en lugar de a los derechos de los autores”⁵¹.

El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los acuerdos anexos que se indican. Contenido en el D.S. N°16, de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial N°35.169 de 17 de mayo de 1995. “Dentro de los acuerdos anexos se contempla El Anexo 1C: Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio o "ADPIC" (también conocido como "TRIPS", por su acrónimo en inglés)”⁵².

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA, o WCT en inglés), de 20 de diciembre de 1996. Cuyo preámbulo establece lo siguiente: “Las Partes Contratantes, deseosas de desarrollar y mantener la protección de los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas de la manera más eficaz y uniforme posible, Reconociendo la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos, Reconociendo el profundo impacto que han tenido el desarrollo y la convergencia de las tecnologías de información y comunicación en la creación y utilización de las obras literarias y artísticas, Destacando la notable significación de la protección del derecho de autor como incentivo para la creación literaria y artística, Reconociendo la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna, Han convenido lo siguiente:” Cabe destacar que el segundo párrafo estableció que: “Durante la preparación del Tratado, la atención se focalizó en la incidencia de las nuevas tecnologías, en

⁵¹ OMPI (s.f.), p. 236.

⁵² Departamentos de Derechos Intelectuales (s.f.): Disponible en <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/sitio/Secciones/Legislacion/Tratados-Internacionales/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

particular, la tecnología digital e Internet. Es interesante señalar lo anterior, habida cuenta de que en el segundo párrafo del Preámbulo se utiliza el adjetivo "tecnológico" al final de la expresión "los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos" (para los que el Tratado va a "proporcionar soluciones adecuadas"). Parece reflejarse así que no se trata de prestar especial atención a las nuevas tecnologías, sino más bien a su incidencia económica, social y cultural. Además, esto también está relacionado con un principio adoptado y aplicado sin cejar durante la labor de preparación, a saber, que las nuevas disposiciones no deberían centrarse en las cuestiones tecnológicas sino tratar acerca de las cuestiones económicas, sociales y culturales a las que dan lugar dichas tecnologías de forma más abstracta"⁵³.

El Convenio que establece la Organización Mundial de Propiedad Intelectual u OMPI "La misión de la OMPI es llevar la iniciativa en el desarrollo de un sistema internacional de P.I. equilibrado y eficaz, que permita la innovación y la creatividad en beneficio de todos. El mandato y los órganos rectores de la OMPI, así como los procedimientos que rigen su funcionamiento, están recogidos en el Convenio de la OMPI, por el que se estableció la Organización en 1967"⁵⁴. Fue firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. Su texto fue aprobado el año 1975 por el D.L. N° 907, luego promulgado mediante el Decreto Supremo N°265 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y, finalmente, publicado en el Diario Oficial N° 29.159 del 23 de mayo del mismo año⁵⁵.

Dentro de los Tratados particulares de Derecho de autor que ha suscrito cada país por separado, en el caso de Chile se encuentra la Convención Interamericana sobre el Derecho de autor en obras literarias científicas y artísticas. "La "Convención Interamericana" fue suscrita el año 1946 y fue ratificada por Chile, en 1954. Su texto fue promulgado por el D.S. N°74 de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial N° 23.202 de 21 de julio del mismo año"⁵⁶.

En el caso de España en la Ley de Propiedad Intelectual, está el Artículo 199 Numero 1 que dispone: "Autores.1. Se protegerán, con arreglo a esta ley, los derechos de propiedad intelectual de los autores españoles, así como de los autores nacionales de otros Estados miembros de la Unión

⁵³ OMPI (s.f.), p. 190.

⁵⁴ OMPI (s.f.): Disponible en <https://www.wipo.int/about-wipo/es/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

⁵⁵ Departamentos de Derechos Intelectuales: Disponible en <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/sitio/Secciones/Legislacion/Tratados-Internacionales/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

⁵⁶ Departamentos de Derechos Intelectuales (s.f.): Disponible en <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/sitio/Secciones/Legislacion/Tratados-Internacionales/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

Europea”⁵⁷. Con la Unión Europea están la “Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, 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”⁵⁸. Al igual que la ya mencionada Ley 2/2019 que actualiza la Ley de Propiedad intelectual de España para estar acorde con las directivas de la Unión Europea.

Podemos decir que en cuanto a materias de Convenios y Tratados Internacionales, en materia de Derecho de autor y Propiedad Intelectual. Estos son los más importantes que ambos países han suscrito hasta la fecha, sentando las bases para la protección de este Derecho.

⁵⁷ Real Decreto Legislativo: 1/1996 del 12 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> [Fecha de la visita: 17 de junio de 2020].

⁵⁸ Directiva 2001/29/CE: Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0029> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

CAPÍTULO IV: EJEMPLOS DE JURISPRUDENCIA

4.1.- Chile

Como habíamos dicho anteriormente, los casos de infracciones de propiedad intelectual no son muchas en materia de jurisprudencia. Uno de los casos más recientes en nuestro país es en materia Civil, cuyo caso es el siguiente:

En cuanto a los Antecedentes del caso son los siguientes: “En estos autos Rol 8177-2018, del 7° Juzgado Civil de Santiago, comparece el abogado, en representación de Entidad de Gestión colectiva de Derechos de "Productores Audiovisuales de Chile, EGEDA Chile, quien deduce demanda en juicio sumario de cobro de remuneración o tarifa por contravención a los derechos de autor y subsidiaria de indemnización de perjuicios en contra de VTR Banda Ancha Chile, solicitando se declare: 1.- Que la demandada ha contravenido los artículos 18, 19 y 21 de la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual al realizar actos de retransmisión y comunicación pública sin pagar los derechos que corresponden a EGEDA; 2.- Se condene a la demandada a pagar, a título de remuneración o, en subsidio, como indemnización de perjuicios, la cantidad de 1.370.981, 5 UF por conceptos devengados desde el mes de diciembre de 2008, hasta el mes de noviembre de 2013, más intereses correspondiente a operaciones reajustables a contar de la fecha en que debió hacerse el pago y hasta su pago efectivo.; 3.- Se condene a la demandada a pagar a título de remuneración devengada o, en subsidio como indemnización de perjuicios, la tarifa mensual por cantidad de abonados que se devengue desde la fecha de la interposición de la demanda hasta la ejecutoria de la sentencia, reservándose el derechos a discutir su especie y monto para la etapa de ejecución del fallo y, 4.- Que se condene a la demandada al pago del máximo de la multa establecida en el artículo 78 de la Ley N° 17.336 ascendente a 1000 UTM por cada infracción incurrida, con costas. Fundamentando su acción, señala que su representada es una entidad de gestión colectiva de derechos constituida y autorizada de conformidad a lo previsto en el título V de la Ley N° 17.336 y que ha sido autorizada para desarrollar la gestión colectiva de derechos de autor que corresponden a los productores audiovisuales, representando a un conjunto de productores tanto nacionales como extranjeros. Señala que la demandada, es una operadora de televisión por cable perteneciente al grupo Liberty Global y CorpGroup, que actualmente posee más de 150 canales y que desde antes del 2007 ha desarrollado actividades de retransmisión de obras y grabaciones audiovisuales contenidas en más de una decena de señales, según se acreditará, que tiene incorporadas dentro del conjunto de canales que explota comercialmente y respecto de las cuales no cuenta con autorización, de los titulares de derechos de autor de las obras y grabaciones, no tiene autorización de los productores y demás titulares del derecho de autorizar la retransmisión de dichas obras, ni de su representada en su calidad de única entidad de gestión colectiva autorizada para gestionar dichos derechos en nuestro país. Sostiene que la demandada cuenta con un amplio sistema de

elementos de captación de señales de televisión, que revive la señal de varios centenares de emisiones nacionales e internacionales, de las que selecciona un número limitado de ellas y distribuye por cable a sus abonados, poniendo a su disposición en sus domicilios dichas señales, estimando que con dicho modus operandi se manifiesta que la función de la demandada no corresponde a la de un mero distribuidor de señales, ya que interviene en la selección y decide cuáles se harán llegar a los abonados y cuáles no, a objeto de establecer una red de televisión por cable atractiva y de fácil comercialización. Invoca como fundamento de su demanda el artículo 19 de la Ley N° 17.336 explicando que la autorización de uso de una determinada obra constituye la esencia del derecho de autor y por lo mismo nadie puede usar una obra sin obtener previamente dicha autorización, salvo excepciones. La demandada contestó la demanda, solicitando su íntegro rechazo, y subsidiariamente para el caso que sea acogida solicita rebaja prudencial del monto de los perjuicios demandados. Refiere que su representada no efectúa actividades de comunicación pública, sin autorización, distinguiendo entre señales de libre recepción o televisión abierta y de televisión de pago. En cuanto a la televisión abierta señala que su representada realiza una actividad de radiodifusión exclusivamente dentro del área de concesión de dichas señales, por lo que no realiza una explotación económica distinta de la efectuada por las concesionarias de radiodifusión, que son quienes realmente emiten la señal produciendo la comunicación pública de los contenidos insertos en tales señales. VTR facilita a los suscriptores los medios para acceder a las mismas señales que pueden recibir de la antena tradicional, ya que no lleva contenidos a un público distinto del originalmente previsto, el que tiene derecho a recibirlos en forma gratuita, universal y no discriminatoria, por lo que su actividad no se diferencia de la realizada por las señales de televisión abierta. Tras un análisis de las pretensiones del actor, controvierte la infracción que se le imputa indicando que no existe acto ilícito o infracción a las normas de propiedad intelectual, añadiendo que su representada no desarrolla actividades de retransmisión de obras audiovisuales limitándose a refundir las señales de televisión abierta, cuyos respectivos emisores ya han negociado económicamente con los distintos titulares de derecho de autor, para el uso y explotación de las obras insertas en tales señales, sin que exista una nueva comunicación pública que amerite o haga procedente recibir una nueva remuneración por dicha actividad. Indica que no existe una fuente contractual ni legal que obligue a su representada a contratar con la actora, adherir a sus remuneraciones ni pagarle las tarifas que pretende, calificándolas de infundadas. Alega asimismo la falta de objeto de la obligación de pago, por cuanto en la demanda no se especifica a que titulares y respecto de que obras EGEDA ejerce la administración de los derechos de autor, alegando la falta de legitimación activa de la demandante ya que no consta quienes son los miembros o afiliados de EGEDA. Sostiene que de accederse a la pretensión de la actora se obtendrá un nuevo pago como contra prestación a un acto de comunicación pública que ya fue oportunamente pagado por su

representada, por un hecho que no implica comunicación pública y no admite nuevo pago. Por último, el artículo 5° referido exige para su aplicación, que la emisión de transmisión de un organismo de radiodifusión se haga por otro. La demandada no es un organismo de radiodifusión, de acuerdo a la definición que de esta clase de organismo hace el artículo 3°. Por sentencia de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dieciséis, escrita a fojas 883 y siguientes, luego de rechazar la excepción dilatoria opuesta y las tachas deducidas por la demandada, la señora juez rechazó en todas sus partes la demanda deducida en forma principal y subsidiaria. La demandante S.A. dedujo recurso de casación en la forma y de apelación en relación a dicho fallo. La Corte de Apelaciones de Santiago, por resolución de dieciocho de enero de dos mil dieciocho, que se lee a fojas 1083 rechazó el recurso de casación y confirmó el referido fallo. En contra de esta última determinación, la demandante dedujo recursos de casación en la forma y en el fondo”⁵⁹.

En este caso la Corte Suprema fundamentó su jurisprudencia en lo siguiente: "Que contrariamente a lo sostenido por el recurrente, de la sola lectura de la sentencia, especialmente de los considerandos 37, 38, 41 y 42 de la sentencia de primera instancia que el fallo recurrido hizo suyos y, el considerando 6 de este último, aparece que no carece de las motivaciones que indica el recurrente, puesto que luego de descartar que la empresa demandada realice una actividad que corresponda calificar como transmisión o retransmisión, conceptos definidos legalmente en el artículo 5 de la ley N° 17.336, concluye que en realidad se trata de una redifusión, de modo que el empleo de éste ultimo concepto tiene la motivación que la ley exige a la sentencia, razones que conducen al rechazo de la causal deducida." (Corte Suprema, considerando 3°). "Que como se aprecia del recurso en éste no se indica, individualizando cada uno de los documentos que fueron acompañados y que a su juicio no fueron debidamente valorados, y tampoco se señala como en cada caso, se habría omitido aplicar las normas que estima infringidas, a fin de explicar de que manera se produjo la vulneración que cree ver el recurrente, razones que conducen necesariamente a su rechazo por esta causal, porque tratándose de un recurso de derecho estricto no corresponde a esta Corte subsidiar dicha omisión." (Corte Suprema, considerando 10°). "Que por otra parte el recurso en realidad impugna la valoración efectuada por los jueces del fondo a los documentos allegados al proceso en segunda instancia, puesto que no es otra cosa la afirmación del fundamento octavo de la sentencia impugnada cuando señala que esa prueba no logra desvirtuar los fundamentos tenidos en consideración por la sentenciadora a quo para resolver en la forma en que lo hizo, ni lo reflexionado en el fallo que hoy es materia del recurso que ratifica lo decidido, siendo del caso advertir que no puede haber infracción al artículo 1700 del Código Civil, puesto que éste se refiere al valor probatorio de plena fe de los instrumentos públicos, en cuanto al hecho de haberse

⁵⁹ CORTE SUPREMA, 6 de Abril de 2020, ROL 8.177-2018.

otorgado y su fecha, pero no, en cuanto a la verdad de las declaraciones que en el hayan hecho los interesados, no constando en ellos declaración alguna de la demandada y, por otra parte el artículo 1706 del mismo cuerpo legal se refiere al instrumento público o privado que hace fe entre las partes, aun en lo meramente enunciativo con tal que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato, no dándose en la especie la situación que contempla la norma, por cuanto se trata de instrumentos en que constan los atestados de un tercero y no de las partes del juicio." (Corte Suprema, considerando 11º). "Que las conclusiones a que arriba el fallo coinciden con lo decidido por esta Corte Suprema (sentencia rol 8477-11 de 3 de junio de 2013) a la cual se hace referencia en el fallo materia del recurso: " que la actividad realizada por los canales de cable no se puede catalogar como retransmisión, pues se trata de una redifusión simultánea, integra e inalterable que se hace de la señal de Televisión Nacional... la señal se recoge sin alteración alguna por un medio técnico que es el cable, no se realiza una nueva emisión de la señal, puesto que aquella que emite la concesionaria y la que reciben los usuarios es exactamente la misma, que corresponde a la puesta en el aire para el acceso libre y universal de todos los habitantes del territorio nacional." (Corte Suprema, considerando 16º). "Que el profesor Lucas Sierra ha señalado que por radiodifusión se entiende": la conducta según la cual una emisión televisiva radiodifundida es llevada por un operador de cable en el mismo instante y en la misma zona de servicio de esa emisión radiodifundida", " El estatuto jurídico de la redifusión en Chile. Informe en derecho (2008), añadiendo que hay radiodifusión en la medida en que el contenido de la emisión no sea intervenido por el permisionario, y que aquel, la proporcione al mismo público que debe alcanzar el organismo de radiodifusión." (Corte Suprema, considerando 17º). "Que estando establecido en el fallo que las señales abiertas redifundidas por VTR, no se dirigen a un público distinto del que originalmente es su destinatario, no es posible concluir que se esté frente a un acto de comunicación pública diferente al realizado por el propio canal, estación televisiva abierta, que es quien lleva a cabo la comunicación pública de las obras que integran el catálogo de la actora, razón por la cual no han podido infringirse las letras ñ) y v) contenidas en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual." (Corte Suprema, considerando 18º). "Que en relación a los artículos 71 letra n) de la Ley N° 17.366 y 11 bis del Convenio de Berna, cabe señalar que desde que se ha dado por establecido en el fallo, que la demandada no realiza un acto de retransmisión ni una comunicación pública no ha podido infringirse la primera de las normas citadas por cuanto ella parte de la base que se está frente a la "ejecución pública de una obra", en los lugares que indica cuyo no es el caso porque no se está en presencia de un acto de esa naturaleza como ha quedado asentado en este fallo, y la segunda toda vez que si bien dicha norma contempla o establece, derechos a los autores de obras literarias por la radiodifusión de sus obras, o la comunicación pública de ellas por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, lo cierto es que en su N° 2 indica que corresponde a las legislaciones de los países de la Unión

establecer las condiciones para el ejercicio de los derechos a que se refiere el número anterior." (Corte Suprema, considerando 2º). "Que el artículo 5 letra ñ) de la ley referida define el concepto de retransmisión como: "la emisión de la transmisión de un organismo de radiodifusión por otro o la que posteriormente hagan uno u otro de la misma transmisión". Por su parte letra v) del referido articulado de la Ley de Propiedad Intelectual define la Comunicación pública como: "todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija". A juicio del disidente, este concepto de comunicación pública debe entenderse en un sentido amplio, no solo por la expresión "...por otro..." que utiliza la letra ñ) del artículo citado, sino que además porque es dicha hermenéutica la que permite concretar el objetivo de la legislación especial de lograr un suficiente nivel de protección en favor de los autores, con el fin de que éstos puedan recibir una compensación adecuada cada vez que un tercero utiliza su obra." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. considerando 2º). "Que atendido los presupuestos fácticos que se han acreditado, y analizada las normas jurídicas mencionadas, a juicio del divergente, es necesario concluir que la demandada realiza un acto de comunicación pública, en la modalidad retransmisión, pues capta la señal de los canales de televisión abierta y la pone a disposición de sus suscriptores, bajo una modalidad de frecuencia y tecnología de acceso exclusivo, cobrando por dicho servicio una mensualidad determinada, e incorporando dichas señales dentro de su pack televisivo. Lo anterior, constituye una actividad de explotación económica de la imagen y señal, con fines lucrativos, pues la empresa cable operadora toma la señales de los canales de televisión abierta, en forma gratuita, y los incorpora en una frecuencia televisiva que se vende por paquete a sus abonados, obteniendo réditos económicos y sin contar con la autorización de EGEDA ni pagar los derechos por el uso de la propiedad intelectual que protege a la difusión de dichas obras audiovisuales. Por lo demás, la empresa demandada ofrece a sus clientes la posibilidad de contratar un servicio de d-box, aparato electrónico que, sujeto a la disponibilidad técnica y operativa en zonas habilitadas, posibilita que los suscriptores puedan volver a ver las veces que deseen el contenido audiovisual que ya fue emitido primitivamente, sistema que en la actualidad se encuentra en pleno funcionamiento y muy extendido en el país." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr considerando 4º). "Que, en atención a lo razonado, habiéndose acreditado que la actividad material que realiza la empresa VTR, reconocida en la sentencia de mérito, corresponde a un acto de comunicación pública, en la modalidad de retransmisión, la que ejecuta sin contar con la autorización de la demandante y sin pagar los respectivos derechos del autor, al no haberse calificado

jurídicamente de esa manera por la judicatura del fondo, se incurrió en infracción a lo dispuesto en el artículo 5 letras ñ) y v), en relación con el artículo 18, 19, 21 y 69, todos de la Ley de Propiedad Intelectual, razón por la que, a juicio del suscrito, el recurso de nulidad formal debió acogerse, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo que dé lugar a la demanda intentada." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. considerando 6º)."Que, por último, el autor de este voto particular estima que no es posible entender que la pretensión de cobro de tarifas e indemnizaciones de la demandante constituya un doble pago, pues, a pesar de que los canales de televisión abierta hayan solucionado los derechos de autor de cada una de las obras que transmiten por sus respectivas señales, lo cierto es que VTR, como empresa que realiza una retransmisión de éstas a partir de una actividad lucrativa, obtiene ganancias al vender dichas señales a sus abonados dentro del pack televisivo que comercializa, máxime si el negocio de las empresas cable operadoras se construye sobre la base de la televisión abierta, por lo que cada vez que se retransmite una obra del repertorio de EGEDA, la demandante tiene el derecho a impetrar el cobro que genera tal actividad, al tenor de los derechos protegidos por los artículos 1, 2, 3 y 69 de la Ley de Propiedad Intelectual." (Corte Suprema, voto en contra del Ministro Sr. considerando 7º)"⁶⁰.

La razón, por la cual se puso este fallo a modo de ejemplo, es debido que es uno de los más recientes en materia de Derecho de autor, ya que aparte de hacer una aplicación de la Ley de Propiedad Intelectual, la opinión de la sala conto con un voto disidente de uno de sus Ministros presentando sus argumentos. También cabe destacar que al igual que doctrina también se mencionó el Convenio de Berna.

4.2.- España

En el caso de esta legislación, podemos encontrar jurisprudencia en materia de infracción del Derecho de autor y en especial del delito de piratería.

El caso es el siguiente:

"Para el análisis del caso Youkioske es importante tener en cuenta los hechos considerados probados por la Sentencia de la Audiencia Nacional. Dichos hechos fueron los siguientes:

- Dos de los tres acusados, junto con otras cinco personas no identificadas radicadas en Ucrania, participaron en una asociación para comunicar públicamente, a través de internet, obras de prensa escrita y libros sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual
- Dicha comunicación pública se realizaba a través de la página web www.youkioske.com, que ofrecía la posibilidad de leer on line las citadas obras, sin coste para los usuarios. Los usuarios

⁶⁰ CORTE SUPREMA, 6 de Abril de 2020, ROL 8.177-2018

accedían sin restricciones a las obras a través de un menú con enlaces a los contenidos protegidos, visualizando los mismos desde la propia página web, sin necesidad de descargarse los archivos (mediante «streaming»). A través de la web era posible acceder a más de 17.000 publicaciones, de distintos países (España, Alemania, Italia, Inglaterra, Portugal, Rusia y Holanda). Las publicaciones incluían prensa, magazines, libros y cómics, clasificados en distintas categorías. Se especifica que entre las obras objeto de publicación reiterada se encontraban los diarios El Mundo, Marca, El País, El Economista, Diario As, Público y Expansión; así como las revistas Año Cero, Enigmas, Historia de Iberia Vieja, Gigantes del Básquet, El Mundo del Gato y Playboy (cuyos representantes formularon denuncias).

- Los acusados se lucraban a través de la publicidad contenida en la página web, mediante «banners» (espacios publicitarios localizados permanentemente en la web) o «videos pre roll» (anuncios publicitarios que ocupaban la pantalla antes de la visualización de la obra elegida), que si eran «pinchados» por los usuarios les redirigían a la página web del anunciante. Los acusados percibieron, en total, 196.280,71 euros por este concepto, en un periodo de 3 años (dichas ganancias fueron finalmente decomisadas, junto con los efectos informáticos intervenidos).
- La página se encontraba alojada en un servidor en Canadá. El dominio (www.youkioske.com) se encontraba registrado a nombre de una sociedad domiciliada en Belice. Y las publicaciones se encontraban alojadas en servidores virtuales en EEUU y Francia. La facturación a través de la publicidad era realizada por una mercantil española.
- Los dos acusados condenados decidían qué obras se subían a los servidores aludidos y llevaban a cabo gestiones de administración y control de la web. Los colaboradores radicados en Ucrania (no identificados) realizaban las copias de las publicaciones y las subían a los servidores, siguiendo instrucciones de los dos condenados sobre qué obras subir, la forma y el momento de hacerlo, percibiendo a cambio una remuneración
- Los archivos se subían a través de falsas cuentas de usuarios creadas con este fin, dando la apariencia de que www.youkioske.com era una página de enlaces a redes de intercambio de archivos «peer to peer» o P2P.
- Los titulares de las obras afectadas requirieron reiteradamente a los acusados para que dejaran de utilizarlas.
- Se causó un perjuicio a las entidades personadas como acusadoras particulares en el procedimiento penal (Editorial América Ibérica, S.A., Asociación de Editores de Diarios Españoles y Centro Español de Derechos Reprográficos), pero se deja para los trámites de ejecución de sentencia la determinación de su importe (lo cual se hará a la vista del art. 140 del TRLPI, por

remisión del art. 272.1 CP). A la vista de los anteriores hechos probados, la Sentencia de la Audiencia Nacional condenó a dos de los acusados (i) por un delito agravado contra la propiedad intelectual, a la pena de prisión de tres años cada uno, a la pena de multa de 6.000 euros (20 meses, con una cuota diaria de 10 euros) y a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de las profesiones de administrador de servidores y páginas web y gestor de contenidos en dichas páginas durante cinco años; y (ii) por un delito de constitución e integración en una organización criminal, a la pena de tres años de prisión cada uno e inhabilitación especial para el sufragio pasivo”⁶¹.

En cuanto al Derecho: “La Sentencia de la Audiencia Nacional consideró que concurrían todos los requisitos del delito contra la propiedad intelectual, en su modalidad agravada (arts. 270.1 y 271 b) CP). En particular, la Audiencia Nacional consideró que los acusados habían comunicado públicamente obras protegidas (prensa escrita, libros y cómics) sin la autorización de los titulares de los derechos de propiedad intelectual. No obstante, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo anuló la Sentencia de la Audiencia Nacional precisamente por considerar que la indeterminación de los hechos probados impedía afirmar que los acusados habían comunicado públicamente obras protegidas. Además, la Sentencia del Tribunal Supremo también consideró que la Sentencia de la Audiencia Nacional debió pronunciarse sobre si la gravedad de la conducta justificaba la condena penal, así como sobre la regularidad de la actuación policial durante la fase de instrucción (en particular, la clausura de la página web Youkioske llevada a cabo por la policía)”⁶².

Se eligió este caso especialmente porque en palabra de sus autores: “El caso Youkioske supone un importante hito en la lucha contra la piratería digital, especialmente por las elevadas penas de prisión impuestas por la Sentencia de la Audiencia Nacional. No obstante, la anulación de dicha sentencia por el Tribunal Supremo confirma que la utilización de la vía penal para la represión de conductas que infringen derechos de autor debe respetar los principios y garantías propios del Derecho penal, como el derecho a la presunción de inocencia y el derecho de defensa, así como el principio de subsidiariedad del Derecho penal”⁶³.

⁶¹ VIEIRA DA COSTA, P, L. Y OYARZABAL OYONARTE, N. (2015): “La persecución penal de las páginas de internet que permiten el acceso a contenidos sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual: El caso youkioske”, *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Num. 41, Octubre 2015, Madrid. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4802/documento/foro08.pdf?id=5996> [Fecha de la visita: 16 de junio de 2020], pp. 112-113.

⁶² VIEIRA DA COSTA, P, L. Y OYARZABAL OYONARTE, N. (2015), p. 113.

⁶³ VIEIRA DA COSTA, P, L. Y OYARZABAL OYONARTE, N. (2015), p. 119.

En este sentido, se puede apreciar que la legislación española en materia de Derecho de autor, por la vía penal posee jurisprudencia en cuanto a las áreas más recientes y en los nuevos sistemas por los cuales puede haber infracción a este Derecho, que en este caso sería en materia de Internet.

CONCLUSIÓN

En materia de Propiedad Intelectual, específicamente en Derecho de autor, a pesar que el Derecho chileno se encuentra al día con los tratados internacionales, la propia Ley que regula esta materia solo alcanza hasta el ámbito territorial. En la vía Civil, existe aplicación en esta materia, mientras que en el ámbito Penal todo se resuelve en los propios tribunales de justicia como los juzgados de policía local o el tribunal oral en lo penal, existiendo muy poca doctrina y jurisprudencia que resuelva el caso en lo Penal.

Dentro de las razones por las cuales Chile se encuentra dentro de los países en los cuales hay más infracciones al Derecho de autor, podemos decir que los ellas radican en que simplemente al ser un país pequeño en vías de desarrollo, no puede adecuarse a los estándares internacionales de otros países y Tratados Internacionales. También el hecho de que al ser un país apartado del resto del mundo y con menos acceso tanto adquisitivo como también físico a la información, la población sea más susceptible de cometer infracciones al Derecho de autor en materia de piratería.

Tal como habíamos citado en el caso de España, a pesar de ser un país en el cual se protege el Derecho de autor, es uno de los países con mayor número de infracciones en este ámbito, en la Unión Europea. Sin embargo, como su legislación también contempla a infractores que se encuentran fuera del territorio de ese país, le es posible perseguir casos de infracciones a la propiedad intelectual en el ámbito de Internet.

Se puede decir que Chile, estando actualizado con las normas sobre propiedad intelectual, la única forma en que exista nueva normativa y jurisprudencia respecto a los desafíos a futuro, es que existan casos de relevancia jurídica e interés nacional que, al no estar normados o no tener precedentes, motiven a un cambio en la ley. Otro motivo sería el continuar adhiriendo convenios que regulen esta materia, especialmente los más avanzados.

Dado que esto no ha ocurrido actualmente en nuestro país y probablemente la legislación vigente en materia de Propiedad intelectual se mantenga por mucho tiempo más, ya que solo se dedica a proteger a los autores nacionales en el ámbito territorial, haciendo más difícil la persecución en el ámbito de Internet a no ser que sean delitos penales.

Para finalizar, como se puso de manifiesto en los fallos analizados, la razón por la cual se elige la vía civil o el pago de las multas en el caso penal, es debido que a la persona a quien se le comete el perjuicio aparte de proteger sus derechos, lo que quiere es que no siga habiendo perjuicios económicos por las obras creadas por él y que se le compense financieramente el daño causado.

BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI, A. SOMARIVA, M. VODANOVIC, A. (2005): *Tratados de los Derechos Reales Tomo I*. Editorial Juridica de Chile. Santiago de Chile.

BERKEMEYER, HUGO. (2011): “Desafíos de la propiedad Intelectual”. *Estudio de Derecho y Propiedad Intelectual. Homenaje a Arturo Alessandri Besa*. Editorial Juridica de Chile, Santiago de Chile, pp. 123-138.

CÁRDENO SHAADI, J, R. (2012): “El primer registro de derechos en materia autoral hasta hoy conocido”, *Revista Mexicana del Derecho de autor*, N° I, semestre 2012- 2013, Instituto Nacional del Derecho de autor, Nueva época, Mexico D.F. Disponible en https://www.indautor.gob.mx/documentos/publicaciones/RevMexDerechoAutor_historico.pdf [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020], pp. 36-42.

CASTRO GARCIA, J, D. (2009): “El agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”. *Revista La Propiedad Inmaterial*. 13 (nov. 2009). Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/propin/article/view/463/442> [Fecha de la visita: 12 de Junio de 2020], pp. 253-282.

GRUNEWALDT CABRERA, A. (2013): “Delitos contra los derechos de autor en Chile”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnologia*, VOL. 2 NÚM. 2 (2013), Centro de Estudios en derecho Informático Universidad de Chile. Disponible en <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/30311/32097> [Fecha de la visita: 9 de Junio de 2010], pp. 95-163.

PORTERO LAMEIRO, J, D. (2016): *La (relativa) constitucionalidad de los derechos de autor en España Antecedentes y estado de la cuestión*. Editorial Dykinson, Madrid España.

VIEIRA DA COSTA, P, L. Y OYARZABAL OYONARTE, N. (2015): “La persecución penal de las páginas de internet que permiten el acceso a contenidos sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual: El caso youkioske”, *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*, Num. 41, Octubre 2015, Madrid. Disponible en <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4802/documento/foro08.pdf?id=5996> [Fecha de la visita: 16 de junio de 2020], pp. 111-119.

RECURSOS DE ORGANIZACIONES:

Consejo Nacional de la cultura y las artes (2017): *Guía de Derecho de autor. La protección de la Creación*. Disponible en <https://www.cultura.gob.cl/publicaciones/guia-derecho-autor/> [Fecha de la visita: 12 de Junio de 2020].

Departamentos de Derechos Intelectuales (s.f.): Disponible en <https://www.propiedadintelectual.gob.cl/sitio/Secciones/Legislacion/Tratados-Internacionales/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

Gobierno de España, Ministerio de Cultura y deporte (s.f.): Disponible en <http://www.culturaydeporte.gob.es/cultura/propiedadintelectual/la-propiedad-intelectual/preguntas-mas-frecuentes/infraccion-de-derechos.html> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

OMPI (s.f.). *Guía sobre los Tratados de Derecho de Autor y Derechos Conexos Administrados por la OMPI*: Disponible en https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/es/copyright/891/wipo_pub_891.pdf [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

OMPI (s.f.): Disponible en <https://www.wipo.int/about-wipo/es/> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA:

CORTE SUPREMA, 6 de Abril de 2020, ROL 8.177-2018.

Directiva 2001/29/CE: Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0029> [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual. Publicado en el Diario Oficial el 2 de Octubre de 1970.

Ley 2/2019. Disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-2974&fbclid=IwAR3AzQnqnAG_SKTybQg6xuycluyFQNDcN-hc-2YNSeSFBcQrBdaI7IYmUNw [Fecha de la visita: 15 de junio de 2020].

Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de Abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-8930> [Fecha de la visita: 17 de junio de 2020].