

ACCESO A LA CULTURA Y REGULACIÓN DE DERECHO DE AUTOR

Desde la perspectiva del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos y el Acuerdo de Asociación Comercial con la Unión Europea.

Paula Jaramillo Gajardo¹

RESUMEN.

El presente artículo, basado en la tesis de postgrado del mismo nombre, trata sobre el efecto que, eventualmente, podría producir sobre el acceso a la cultura en Chile, la nueva regulación de derecho de autor, que surgirá como resultado de las modificaciones y ajustes que los compromisos internacionales adquiridos por Chile requieren, en virtud del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos y el Acuerdo de Asociación Comercial con la Unión Europea, proceso adecuatorio del cual ya estamos siendo testigos.

I. INTRODUCCIÓN.

A continuación, expondremos los principales hitos de la investigación que dio lugar a la tesis de postgrado, que aquí presentamos, así como las conclusiones a las que arribamos, las que sin duda sintetizan adecuadamente la labor de investigación realizada.

¹ Paula Jaramillo G. es Abogado y Magíster en Derecho por la Universidad de Chile. Ha sido Investigadora del Centro de Estudios en Derecho Informático y también Ayudante de la Cátedra de Clínica Jurídica Especializada en Micro, Pequeña y Mediana Empresa, ambas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Especialista en regulación de nuevas tecnologías y derecho de autor. El presente artículo corresponde a un extracto de su tesis para obtener el grado de Magíster en Derecho, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, guiada por el profesor Alberto Cerda S., y calificada con nota 7.0 en la defensa que tuvo lugar el 30 de Junio de 2008.

Como punto de partida, se analizó el estado del actual régimen de derecho de autor en Chile. Para ellos lo definimos como el conjunto de normas y principios destinados a proteger, por el solo hecho de la creación, las obras que son producto del intelecto humano, incluyendo dentro de esta categoría las de carácter científico, artístico y literario. Luego indagamos en la historia de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, LPI), para derivar en el análisis del actual marco jurídico nacional en materia de protección a la propiedad intelectual, y de los distintos derechos allí regulados. Así, se logró plasmar el actual estado del arte en esta materia, vislumbrándose también las nuevas tendencias, que promueven un mayor balance entre la protección de los derechos de los autores y el acceso a la cultura que cabe a toda la ciudadanía.

Dado que esta arista de la investigación es una de las más conocidas, y respecto de las cuales existe variada bibliografía, no hemos ahondado en ella en este artículo, con la finalidad de centrarnos en aquellos temas que pueden resultar más novedosas desde el punto de vista doctrinario.

II. EL ACCESO A LA CULTURA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

Como presupuesto fundamental para la investigación desarrollada, nos abocamos al estudio de la noción de acceso a la cultura. Analizamos la equivalencia conceptual entre “Acceso a la Cultura” y “Acceso al Conocimiento”, que pueden ser utilizados indistintamente, para después introducimos de lleno en la búsqueda de un concepto operacional.

Luego de un riguroso análisis, y previa constatación que los tratados internacionales referidos al acceso al conocimiento, incluso como derecho fundamental, nada han dicho acerca de lo que debe entenderse por este concepto, ni en el texto mismo del tratado ni en los documentos oficiales emanados de los organismos respectivos, limitándose únicamente a enunciarlo,² seleccionamos la definición propuesta por el profesor de la

² En esta situación se encuentran el Pacto de San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Lo mismo sucede en el borrador del Tratado sobre Acceso al Conocimiento que promueve la organización CPTech.

Universidad de Yale, Jack Balkin,³ dado su enfoque multivariable que permite comprenderlo a cabalidad desde un plano tanto jurídico como económico. Aquí nos detendremos un momento.

Balkin sostiene que el acceso al conocimiento es, primero, una petición de justicia; segundo, un asunto tanto de desarrollo económico como de participación individual y libertad humana y; tercero, una cuestión que dice relación con la propiedad intelectual pero que también va mucho más allá de ella.

Respecto del primero de los puntos, petición de justicia, Balkin sostiene que se trata de lograr una mejor distribución de justicia dentro de una sociedad, ya sea ésta rica o pobre, así como entre los distintos países y sociedades del mundo. De esta forma, el acceso al conocimiento significaría que una mejoría en las políticas orientadas a la producción de conocimiento e información podría incrementar la producción total de información y bienes culturales, los que podrían ser distribuidos de una manera más equitativa. La meta es promover la eficiencia económica y el desarrollo, y producto de ello extender la distribución de ese conocimiento y de los bienes culturales necesarios para el florecimiento de la economía global de la información.

Luego, Balkin sostiene que uno de los argumentos más poderosos en contra del movimiento pro acceso al conocimiento ha sido de índole económico, en virtud del que se sostendría que el actual sistema existente sería mejor para el desarrollo económico, haciéndose necesario sacrificar igualdad en aras de la promoción del desarrollo. Esto nos lleva al segundo punto, y por qué el autor sostiene que el acceso al conocimiento es tanto un asunto de desarrollo económico como de participación individual y libertad humana, desechando, por estimarlo incorrecto, el argumento puramente económico.

Indica Balkin que la existencia de políticas más equilibradas en materia de propiedad intelectual produce, de hecho, mayor riqueza, y hace que ésta se distribuya de una forma más amplia y justa, inclusive. Pero no basta con sólo producir una mayor cantidad de bienes culturales y distribuirlos, se hace imperioso también promover el desarrollo humano a través de un mayor y mejor acceso descentralizado a las herramientas de información, y la participación, de la mayor cantidad de personas posible, en la producción

³Balkin, Jack M. [en línea]. "What is Access to Knowledge?". En: <<http://balkin.blogspot.com/2006/04/what-is-access-to-knowledge.html>> [consulta: 14.01.2008]. Traducción libre del texto digital en inglés.

de bienes culturales. En este punto, para Balkin incrementar la participación de la población es central.

En cuanto al tercer punto, el autor sostiene que es necesario ir mucho más allá de la propiedad intelectual para entender el acceso al conocimiento, por ello estima que si la meta es la promoción del florecimiento humano, el desarrollo económico y la libertad humana, debemos mirar al comercio internacional y las políticas en materia de propiedad intelectual.

A continuación, en la tesis esbozamos el contenido y características principales del acceso a la cultura, para luego adentrarnos en su eventual calificación como derecho fundamental, dado que se encuentra contemplado en instrumentos internacionales que regulan dicha clase de derechos.

Concluimos que, así como no es posible encontrar un concepto único de acceso a la cultura, tampoco existe consenso entre los constitucionalistas en cuanto a su clasificación dentro de los derechos fundamentales. Éste, en principio, encontraría su lugar, dentro de la tipología clásica de los derechos humanos, entre aquellos de orden económico, social y cultural (DESC), en oposición a los de carácter civil y político, más tradicionales, aún cuando es posible encontrar a connotados autores que sostienen que se trata de una tercera generación de derechos humanos,⁴ e incluso una cuarta generación.⁵

Para efectos de esta tesis, adherimos a la clasificación más tradicional y sostuvimos que el acceso a la cultura en un derecho fundamental de segunda generación o DESC, y específicamente un derecho de orden cultural. Su importancia radica en que aborda una cuestión que resulta básica para la dignidad y el desarrollo humano, y que además deriva directamente de los tratados internacionales de derechos humanos, tal como lo ha sostenido Amnistía Internacional.⁶ Si bien su protección en las normas internacionales es más bien difusa, ya que no ha sido desarrollado con detalle, su importancia resulta indiscutible, toda vez que la cultura afecta la mayoría de

⁴ Pérez Luño, Antonio Enrique. 1996. Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? En *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. pp. 11-52.

⁵ Rodríguez Palop, María Eugenia. 2002. *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*. Madrid, Universidad Carlos III. Editorial Dykinson. pp. 257 y ss.

⁶ Amnistía Internacional. ¿Qué son los DESC?. [en línea] En: <<http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/pagina/que-son-los-desc/>> [consulta: 21.02.2008].

los ámbitos de la vida de un ser humano, tales como la educación, la religión, las artes, entre muchos otros.

El acceso a la cultura, como DESC, dice relación con la aspiración legítima de la comunidad de poder tomar parte en la vida cultural y de gozar de los beneficios de la ciencia y la cultura, siendo obligación del Estado asegurar la conservación, el desarrollo y la difusión de ellos. Esta vida cultural a la que se debe tener acceso dice relación con gozar de los beneficios que emanan de las creaciones intelectuales, ya formen parte éstas del dominio público perteneciente a todos, o sea que se encuentren sujetas a la protección del derecho de autor. Es por ello que se hace necesaria una regulación de este derecho que sea equilibrada, y que contemple, en principio, tanto protección para los autores y legítimos titulares de derechos, como una serie de medidas que mitiguen los efectos indeseados que la aplicación irrestricta de dicha normativa pudiere ocasionar en determinadas situaciones que la ley califique previamente, mediante un catálogo de excepciones y limitaciones adecuadas, un sistema de licenciamiento obligatorio, además de plazos razonables de protección, expirados los cuales dichos bienes culturales pasen al dominio público y se tornen de libre acceso.

A nuestro juicio, el argumento de texto es consistente a favor de considerar al acceso a la cultura como un derecho fundamental, ya que los principales tratados de derechos humanos a nivel internacional y latinoamericano así lo han reconocido. Pero más allá de ello, se deben tener presentes los elementos que definen el concepto de acceso a la cultura de acuerdo al profesor Balkin, ya que los argumentos que subyacen en el fundamento mismo del acceso a la cultura responden a la necesidad de un balance entre protección y acceso, en beneficio de toda la sociedad, que además goza de pleno derecho a ello en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos ya analizados que, de acuerdo al artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Constitución Política deben ser respetados y promovidos por el Estado, en tanto dichos instrumentos se encuentren vigentes. Por tanto se trata también de un tema que excede lo meramente jurídico, y que encuentra sus raíces más profundas en los principios generales del Derecho, y fundamentalmente en la equidad.

Por último, concluimos que el acceso a la cultura es un elemento necesario que debe encontrarse en complemento a una equilibrada protección de los derechos de autor

III. LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

Seguidamente, procedimos al análisis de los tratados internacionales seleccionados, esto es, el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC) y el Acuerdo de Asociación Comercial con la Unión Europea (AAC). El primero, aborda los temas que trata desde una perspectiva eminentemente comercial y jurídica, entregando normas detalladas para cada uno de ellos, las que, incluso, van más allá de los estándares internacionalmente fijados, cuando menos a lo que en materia de propiedad intelectual se refiere. En tanto, el AAC, tal y como lo indica su nombre, tiene una perspectiva que vela por el fomento de las relaciones de cooperación mutua y alianza entre las partes contratantes, es por ello que, en lugar de entregar una exhaustiva regulación de materias, se enfoca en criterios y principios fundamentales, y entrega las bases de una colaboración que va más allá de las normas particulares que las partes deben implementar, como un estándar mínimo deseable, en sus legislaciones nacionales.

Atendido lo anterior, se ha llegado a señalar que el TLC detenta la calidad de un tratado “ADPIC plus”, debido a que contiene exigencias mayores, o que exceden, a lo estipulado por dicho instrumento,⁷ en tanto el AAC tiene un enfoque que se ha sujetado al avance de la agenda global en materia de tratados internacionales sobre propiedad intelectual, sin ir mucho más allá, a diferencia de su par norteamericano.

Este contrapunto, sumado al hecho de que ambos ya han sido ratificados por nuestro país, procediéndose a su implementación mediante sendas modificaciones a la legislación nacional, es lo que justificó la elección de estos dos tratados, para su posterior análisis a la luz del concepto de acceso a la cultura.

El TLC, suscrito el día 06 de Junio de 2003, para entrar en vigor el 01 de Enero de 2004, está compuesto por veinticuatro capítulos que abarcan materias muy diversas, cuyo objetivo en común es lograr un comercio libre o intercambio entre las partes de carácter equilibrado e integral.

Las materias que trata este TLC van desde disposiciones generales, definiciones, aplicabilidad de principios del Derecho Internacional, administración del mismo y solución de controversias, pasando por normativa aduanera, de frontera, de inversión, financiera y sobre contratación pública, hasta telecomunicaciones, desplazamiento de personas

⁷ La sigla ADPIC se refiere al Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio.

a través de las fronteras, comercio electrónico, regulaciones laborales y medioambientales, y por supuesto disposiciones sobre propiedad intelectual, en el Capítulo Diecisiete.

Este Capítulo Diecisiete, sobre Derechos de Propiedad Intelectual, en sentido amplio, regula materias relativas a marcas comerciales (llamadas aquí marcas de fábrica o de comercio), nombres de dominio en Internet, indicaciones geográficas, derechos de autor y derechos conexos, protección de señales satelitales portadoras de programas codificados, patentes, medidas para ciertos productos regulados (tales como productos farmacéuticos o químico agrícolas) y disposiciones de aplicación general.

Los artículos 17.5, 17.6 y 17.7 del Capítulo Diecisiete, que regulan los derechos de autor, los derechos conexos y las obligaciones comunes a ambos, respectivamente, constituyeron el objeto de estudio específico de la tesis. No obstante ello, las restantes normas fueron también analizadas con cierta profundidad, en tanto entregaban disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual en general, y resultaban atingentes al análisis.

Por su parte, el AAC tiene la característica de ser un acuerdo de socios basado en la reciprocidad, el interés común y la profundización de las relaciones en todas las áreas, tanto la política, como la económica y la relativa a la cooperación. Este amplio acuerdo busca como resultado la creación de una zona de libre comercio, por ello se le ha clasificado como un tratado de cuarta generación plus, al igual que el TLC suscrito con los Estados Unidos.

Suscrito el 18 de Noviembre del año 2002, entró en vigor, en su gran mayoría, el 01 de Febrero de 2003. Su texto se estructura en base a cinco partes, cada una de las cuales se divide a su vez en capítulos, secciones y subsecciones. Las cinco partes principales del Acuerdo son: Disposiciones Generales (Parte I), Diálogo Político (Parte II), Cooperación (Parte III), Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio (Parte IV) y, Disposiciones Finales (Parte V).

Es precisamente en la cuarta parte del texto del Acuerdo, en el Título VI, que se regulan los Derechos de Propiedad Intelectual, entre los artículos 168 y 171, los que fueron objeto de análisis en esta tesis. Como se pudo apreciar, se trata de una regulación bastante general y sucinta, que aborda el tema desde un concepto amplio de la propiedad intelectual, comprendiendo tanto lo que conocemos en Chile como propiedad intelectual propiamente tal, como la propiedad industrial, haciendo uso de la técnica jurídica de remisión para efectos de regular aquellas materias que interesan a las partes.

No obstante lo anterior, la presencia del tema de la propiedad intelectual, en general, y de los derechos de autor, en particular, subyace a lo largo de todo el ACC, y no sólo en este título específico.

Ambos acuerdos comerciales tienen en común, la regulación de materias relativas a la propiedad intelectual, materia que ha irrumpido en los tratados o acuerdos comerciales internacionales. Esta tendencia deja de manifiesto el enorme valor e importancia que las economías mundiales asignan a este ítem, debido a su gran ingerencia en el funcionamiento de los mercados.

Además ambos instrumentos internacionales coinciden en la noción o concepto de propiedad intelectual que utilizan. A diferencia de lo que sucede en nuestro derecho interno, dicho concepto es lo suficientemente amplio como para abarcar lo que nosotros conocemos como propiedad intelectual propiamente tal, incluidos los derechos de autor (patrimoniales y morales) y conexos, regulados en la Ley N° 17.336; así como también los que, localmente, conocemos y clasificamos como privilegios de propiedad industrial, tales como marcas, patentes, diseños, modelos de utilidad, indicaciones geográficas, etc., regulados, a su vez, en la Ley N° 19.039.

Atendida esta distinción, es interesante constatar como el TLC con los Estados Unidos regula cada una de estas materias de manera individual, incluyendo algunas que, en el contexto nacional, no son consideradas como activos de propiedad intelectual, cual es el caso de los nombres de dominio. Una de las materias expresamente reguladas es la de los derechos de autor y conexos, así como las obligaciones que son comunes a ambas. De manera muy diferente sucede en el AAC con la Unión Europea, en que la regulación que se brinda a estas materias, en particular, es escasa e inespecífica. El texto sólo se encarga de aclarar que la regulación que entrega comprende los privilegios que se señalan en el artículo 169, sobre Ámbito de Aplicación.

En el análisis de ambos tratados hemos encontrado grandes diferencias en la perspectiva normativa: mientras Estados Unidos busca en todo momento brindar una protección férrea a su desarrollada industria de producción y comercialización de bienes culturales, la Unión Europea aboga por lograr un equilibrio entre sus distintos estados miembro, y sus diversas tradiciones jurídicas, obteniendo con ello una regulación comunitaria que suele entregar un mayor margen de libertad para implementar las obligaciones que se señalan, lo que se ve reflejado también en sus acuerdos comerciales con terceros países ajenos a la Unión. Lo anterior se explica por la política de suscripción de tratados bilaterales de Estados Unidos, de corte más agresivo e intenso, que busca imponer estándares de protección mínimos bastante altos (excediendo a los de ADPIC); bastante disímil de la

estrategia aplicada por la Unión Europea, que privilegia la aplicación de los acuerdos globales en materia de propiedad intelectual existentes, sin demandar un margen adicional.

Producto de lo señalado anteriormente, no encontramos grandes similitudes en materia de técnicas normativas utilizadas en ambos tratados, salvo en lo que dice relación con la técnica de la remisión a otros instrumentos internacionales existentes, a los que las partes se comprometen a adscribir dentro de los plazos acordados. Esto se presenta en la sección de Disposiciones Generales del TLC, y en casi la totalidad del Título respectivo del Acuerdo con la Unión Europea, y tal como podemos concluir del extenso listado de instrumentos internacionales, que en ambos documentos se mencionan, el ámbito de materias es bastante amplio, comprendiendo las patentes, marcas, diseños, variedades vegetales, derechos de autor, derechos conexos, etc. Con ello se busca estandarizar, dentro de un breve y acotado plazo, los niveles de protección respecto de ellas en las legislaciones nacionales de los Estados que forman parte del tratado respectivo, motivo por el cual es factible sostener que éste constituye un objetivo común a ambos instrumentos internacionales.

IV. ADECUACIONES AL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR CHILENO.

Desde la suscripción y entrada en vigencia del TLC y el AAC se han dictado varias leyes tendientes a adecuar nuestra legislación interna con el texto de ambos instrumentos, en lo que dice relación, específicamente, con los derechos de autor.

Lo anterior, nos indica precisamente que la mayoría de las normas sobre derecho de autor, que ambos instrumentos contienen, no gozan del carácter de autoejecutables, requiriendo de implementación, mediante la transposición de sus disposiciones, expresamente, al ordenamiento jurídico interno, con el objeto de facilitar su aplicación y efectividad.

Así, encontramos la Ley Nº 19.912, publicada el 04 de Noviembre de 2003, y que adecua la legislación nacional conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) suscritos por Chile.⁸ Uno de sus títulos, específicamente el segundo, se refiere a las medidas de frontera

⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley Nº 19.912: Adecua la Legislación que Indica Conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC Suscritos por Chile, noviembre 2003. 9 pp.

para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, regulando específicamente la suspensión del despacho de mercancías y el procedimiento para que ella sea decretada.

Adicionalmente, el texto de esta ley modifica otros cuerpos legales, y en su artículo 20 se refiere a las adecuaciones que es necesario introducir a la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en virtud de la aplicación de la Sección I, de la Parte II del ADPIC, cuya implementación la Ley N° 19.912 efectúa. Aquí encontramos que se agregan al listado de objetos protegidos por esta normativa, en el artículo 3° los programas computacionales (N° 16),⁹ las compilaciones de datos (N° 17), y los dibujos o modelos textiles (N° 18).¹⁰

También se complementa el listado de definiciones del artículo 5° de la LPI, con los conceptos de “Distribución” de una obra (letra q), “Reproducción” (letra u), “Comunicación Pública” (letra v), y de “Transformación” (letra w) de obras, que antes no estaban contempladas en nuestra normativa.

El artículo 8°, inciso 1°, fue sustituido por la presunción de autoría de la obra a favor de quien figure como tal al momento de su divulgación, que indica el artículo 20, N° 5 de la Ley N° 19.912. Mientras que en el numeral 6° de dicho artículo, se agrega un segundo inciso al artículo 45, relacionado con el derecho de arrendamiento de obras y la excepción en relación a los programas computacionales, cuando ellos no constituyen el objeto esencial del arrendamiento, el que fue incluido en la LPI por aplicación del artículo 11 del ADPIC.

Finalmente, se agregó a la LPI un nuevo artículo 45 bis que introduce la regla conocida internacionalmente como “de los tres pasos”, por aplicación del artículo 13 ADPIC, y que es posible encontrar en numerosos tratados internacionales.¹¹ Dicha regla se encarga de restringir las excepciones de los párrafos III y IV de la LPI, estableciendo que ellas deben cumplir con 3 requisitos, a saber: a) Las excepciones deben limitarse a aquellos casos determinados, b) Que no atenten con la explotación normal de dicha obra, y c) No causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

⁹ Id. Anterior. Artículo 20, N° 1. Esta modificación busca dar cumplimiento al párrafo 1 del artículo 10 del ADPIC.

¹⁰ Id. Anterior. Artículo 20, N° 2. Estas modificaciones implementan el párrafo 2, artículos 10 y 25 del ADPIC, respectivamente.

¹¹ Id. Anterior. Artículo 20, N° 7.

Tanto en el TLC como en el AAC, Chile se comprometió a continuar asegurando estas normas –provenientes del ADPIC, y cuyo texto se encontraba vigente en Chile desde 1995-, en el año 2003 por vía del AAC con la Unión Europea. A esa fecha, aún no se efectuaban las correspondientes trasposiciones legales, lo que sólo sucedió a fines del año 2003, con esta Ley Nº 19.912, cuyo proyecto originalmente tenía como prioridad implementar los tratados de libre comercio con Canadá y México.

Sólo 15 días después de la promulgación de la Ley Nº 19.912, el día 19 de Noviembre de 2003, fue publicada en el Diario Oficial la Ley Nº 19.914, que adecuó nuestra legislación interna al TLC suscrito con los Estados Unidos. En virtud de sus tres artículos se modificaron 3 leyes: la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (I.V.A.), la Ley referida a Aranceles Aduaneros y la Ley sobre Propiedad Intelectual. El análisis se centró en lo más relevante de las 16 modificaciones introducidas a este último cuerpo.

La ley adecuatoria, en su primera modificación,¹² extiende el ámbito de aplicación de la LPI desde los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, esto es, a los sujetos de derechos conexos. Luego, se agregaron nuevas definiciones al artículo 5º de la Ley Nº 17.366, entre ellas la de “productor de fonogramas” (letra k), “radiodifusión” (letra m bis), “publicación de un obra” (letra o) y “fijación” (letra x).¹³

A continuación, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 3º de la Ley Nº 19.914, introducen la reforma en materia de plazos de duración de la protección para el derecho de autor. El cambio se produce en el artículo 10 de la Ley Nº 17.366, que contiene la regla general en materia de plazos, referida al autor de un obra cualquiera. También se hace extensiva la ampliación al caso de las obras en colaboración, mencionadas en el artículo 12, y de las obras anónimas o seudónimas, del artículo 13 de la LPI, y en ambos casos la norma indica la forma adecuada de contabilizar dicho plazo. Este nuevo plazo también aplica en materia de derechos conexos, como lo señala el nuevo artículo 70 de la LPI, el que también se encarga de establecer la forma en que se computará el mismo, dependiendo de si el fonograma, interpretación o ejecución tiene fecha cierta de publicación o no.¹⁴

¹² CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley Nº 19.914: Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, noviembre 2003. 5 pp. Artículo 3º, Nº 1).

¹³ Id. Artículo 3º, Nº 2).

¹⁴ Id. Artículo 3º, Nº 13).

A continuación la Ley N° 19.914 agrega una nueva letra e) al artículo 18 de la LPI,¹⁵ consagrando el derecho que cabe al autor de distribuir su obra “mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”. El alcance de este derecho de distribución, tal como lo señala el TLC en sus artículos 17.5(3) y 17.6(2), en relación los derechos de autor y conexos, respectivamente, sólo se circunscribe a las transferencias de propiedad o ventas, excluyéndose los arrendamientos o préstamos.

Además esta misma norma, introduce el concepto de agotamiento del derecho de distribución por primera venta o transferencia de propiedad de la obra, respecto del original o ejemplar transferido. Esto significa que, una vez que el titular del derecho de autor ejerce su derecho de distribución, éste caduca, por lo que una vez vendida o transferida la propiedad sobre el ejemplar respectivo de la obra ya no se requerirá obtener nuevamente su autorización para las ventas posteriores de ese mismo ejemplar. Este agotamiento del derecho de distribución se consagra a propósito de los derechos conexos, respecto de las interpretaciones o ejecuciones¹⁶ y de los fonogramas.¹⁷

Los numerales 8 y 9 del artículo 3° de la Ley N° 19.914 agregan a la LPI, respectivamente, el artículo 37 bis, sobre derecho de arrendamiento aplicable a programas computacionales; así como la referencia que actualmente se hace al mismo en el artículo 45, sobre excepciones al derecho de autor, y la situación del arrendamiento de software en caso que éste no sea el objeto esencial del arrendamiento, que ya fue materia de análisis a propósito de la Ley N° 19.912.

La Ley N° 19.914 concluye agregando 3 artículos, dentro del Capítulo II de la LPI, sobre contravenciones y sanciones, y cuyo objetivo es regular la gestión de derechos. Para ello describe las conductas que serán sancionadas y sus penas, e introduce el concepto de “Información sobre la Gestión de Derechos”.

Además de estas leyes sancionadas y vigentes, desde el 2002 a la fecha se han presentado al menos cinco proyectos de ley que han buscado reformar la LPI para combatir los delitos en contra de esta especie de propiedad, los derechos de autor, y principalmente la piratería.

¹⁵ Id. Artículo 3°, N° 6).

¹⁶ Id. Artículo 3°, N° 10), que agregó el nuevo N° 4 del artículo 66 de la LPI.

¹⁷ Id. Artículo 3°, N° 12), agregó el nuevo inciso segundo del artículo 68 de la LPI.

Encontramos proyectos presentados en el año 2002, 2003, 2004 - conocido como "Ley Corta Antipiratería"-, 2006 y 2007, todos ellos han hecho mención en sus mensajes a los compromisos internacionales adquiridos por Chile con los Estados Unidos y la Unión Europea. El último proyecto, de 2007, fue ingresado a tramitación en la Cámara de Diputados¹⁸ y tuvo su origen en un mensaje de la actual Presidente de la República, Michelle Bachelet Jeria.

Este proyecto busca sancionar severamente la piratería de obras protegidas por el derecho de autor, resguardando a los creadores y a la industria cultural, de un modo más eficaz, con miras a dar acabado cumplimiento a los compromisos contraídos por Chile con sus socios comerciales, dentro de los que se cuentan, por supuesto y tal como se expone en el mensaje presidencial, Estados Unidos y la Unión Europea.

Para ello se planea aumentar las sanciones que contempla la ley de propiedad intelectual, en el caso de las penas privativas de libertad este aumento puede llegar a una pena máxima de hasta 5 años de cárcel, mucho más que los actuales 540 días de presidio; mientras que las multas serían incrementadas en, alrededor de, un 4000%. Además, se pretende otorgar facultades especiales a los fiscales antipiratería, permitiéndoles el uso de agentes encubiertos e informantes para desbaratar a las organizaciones criminales dedicadas a esta actividad.

Al mismo tiempo, este proyecto de ley busca regular la responsabilidad de los prestadores de servicios en Internet, de forma tal de dar cumplimiento al compromiso asumido por Chile en el TLC, teniendo en consideración el marco legal y constitucional vigente en el país.

Por otra parte, esta iniciativa establece un régimen de excepciones destinado a garantizar el acceso a la cultura de grupos vulnerables de nuestra sociedad, tales como los discapacitados, además de ampliar el acceso a bienes culturales de los usuarios de bibliotecas públicas abiertas, eliminándose las restricciones para reproducir la creación literaria en código auditivo y lenguaje braille, y autorizando a dichas bibliotecas para administrar copias de respaldo y sustituir ejemplares perdidos, respectivamente, entre muchas otras medidas propuestas.

Particularmente, sobre este último punto, la propia Ministra del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes en ejercicio, Paulina Urrutia, ha manifestado que "de este modo se incorpora la perspectiva ciudadana a una

¹⁸BOLETÍN Nº 5012-03. Proyecto que Modifica la Ley Nº 17.366, sobre propiedad intelectual. 02 de Mayo de 2007.

regulación que tradicionalmente se ha restringido a la protección de creadores e industrias y que ahora protegerá debidamente el consumo cultural de grupos vulnerables”.¹⁹

Se debe hacer presente el avance que este proyecto del 2007 representa en materia de acceso a la cultura, toda vez que, de aprobarse, incorporaría más excepciones y limitaciones al derecho de autor, destacando entre ellas la de ingeniería inversa con fines de interoperatividad, y de investigación y desarrollo; además de fortalecer el dominio público mediante normas más precisas para el cómputo del plazo de protección, y a través de sanciones para quienes intenten apropiarse de obras que pertenezcan a este dominio público.

Ahora nos resta examinar las dificultades que ha presentado la implementación de los tratados internacionales, aquí analizados, toda vez que varias de las materias que allí se regulan no han sido aún implementadas como normativa interna nacional y, algunas, ni siquiera forman parte de los proyectos de ley que se encuentran actualmente en tramitación.

A modo de ejemplo, podemos citar aquí, la pendiente regularización del software a nivel gubernamental, que se encuentra contemplada en el TLC, en el artículo 17.7(4). Dicha norma exige inventariar los programas computacionales utilizados en las reparticiones públicas, y el catastro de las licencias relativas a ellos. A la fecha, este proceso no se ha completado, en parte debido al alto costo que tendría para el aparato público esta regularización, incumplimiento que puede redundar en un deterioro de las relaciones entre las partes contratantes del TLC.

Una situación similar de incumplimiento, se ha suscitado en torno al control de la piratería, tema que ha inspirado la mayoría de los proyectos de ley referidos en este capítulo. Producto de lo que ha sido considerado como una falta de medidas para controlar este fenómeno, los Estados Unidos ha incorporado a nuestro país en la “lista roja” o “Lista de Observación Prioritaria”, de acuerdo a lo señalado por el reporte del año 2007 del Informe 301, sobre protección de los derechos de propiedad intelectual, lo que significa que, a ojos de Norteamérica, Chile no otorga un adecuado nivel de protección en dicha materia.

La prensa nacional ha consignado que, en el Informe 301, se establece que “Estados Unidos advierte que Chile aparentemente no ha implementado

¹⁹ Consejo Nacional de la Cultura y de las Artes. [en línea] En: <www.cnca.cl> [consulta: 27.04.2007].

completamente la legislación para cumplir con las obligaciones del TLC donde el periodo de transición expiró el 1 de enero de 2006”.²⁰

Si bien este Informe es un mecanismo unilateral y ajeno al Tratado de Libre Comercio (TLC) entre Chile y Estados Unidos, por lo que el mencionado cambio de clasificación no debiera tener efectos concretos en el comercio bilateral, se ha transformado en un poderoso instrumento de presión mediática para impulsar nuevas medidas.

Por su parte, el gobierno de nuestro país ha lamentado en numerosas ocasiones que nuestra contraparte en este TLC no haya valorado suficientemente los esfuerzos realizados para detener la piratería y la vulneración de los derechos de autor, clasificándonos en el grupo de países que detentan las mayores cantidades de conductas infractoras en esta materia, dentro de los que encontramos a Turquía, China, Tailandia e India, entre otros, lo que puede significarnos serias dificultades con otro de nuestros socios comerciales más renombrados, la Unión Europea.

V. MATERIAS AFECTADAS POR LOS ACUERDOS COMERCIALES.

En este punto del análisis, nos encontramos en condiciones de identificar las materias que se han visto, o en un futuro próximo se verán, mayormente impactadas por los instrumentos internacionales en análisis. Ellas son, en principio, las siguientes:

a. Plazo de duración de la protección del derecho de autor: actualmente de 70 años luego del fallecimiento del autor, producto de una modificación legal que buscó adecuar nuestra LPI al TLC.

b. Normas de observancia de los derechos de autor y conexos: su mejoramiento ha sido enfatizado por el TLC, y ha sido recogido en la mayoría de los proyectos de ley que han buscado modificar la LPI vigente en Chile, tal como también lo hace el último proyecto de ley modificatorio de la LPI de 2007.

c. Regulación para los servicios prestados por los proveedores de Internet (ISP) y su responsabilidad: Esta es una de las grandes novedades

²⁰ El Diario Financiero. “Chile permanece en lista roja de Estados Unidos sobre propiedad intelectual Gobierno lamenta que no se reconozcan avances legales e institucionales”. Paola Díaz Silva. [en línea] En: <<http://www.eldiario.cl>> [consulta: 02.05.2007].

legislativas que introduce el TLC con los Estados Unidos, y es, sin duda, la medida de observancia de los derechos de autor más sui generis en el contexto de nuestra tradición jurídica.

d. Medidas de Protección Tecnológica: De acuerdo al TLC, esta regulación debe encontrarse implementada, a más tardar, en el año 2009; pero estas MPT ya debieran haber sido traspasadas a la legislación nacional, por aplicación de lo dispuesto en los tratados OMPI sobre derechos de autor (TODA) y sobre fonogramas (TOIEF), que el AAC nos comprometía a implementar para el 01 de Enero del 2007, no obstante se encuentran vigentes en Chile desde el año 2003. Técnicamente esto nos deja en incumplimiento del AAC, que exige que las obligaciones derivadas de estos dos convenios multilaterales se encontraran ejecutadas, adecuada y efectivamente, para principios del año 2007.

El último proyecto de ley modificatoria de la LPI, del año 2007, no se ha pronunciado sobre esta materia, la que probablemente sea regulada con posterioridad a la discusión que se ha generado en torno a la ampliación del régimen de limitaciones y excepciones, tema con el que las MPT se encuentran estrechamente relacionadas.

e. Regulación de la Ingeniería Inversa: El TLC, a propósito de las MPT y sus excepciones, contempla estas actividades de ingeniería inversa respecto del software, sujetándola al cumplimiento de determinados requisitos.²¹ El proyecto de ley modificatorio de la LPI del 2007, contempla la inclusión de esta materia en nuestra legislación, iniciativa que no ha estado exenta de polémica.²²

f. Regulación de derechos conexos: La ley vigente de derecho de autor, con motivo de las modificaciones propiciadas por el TLC con los Estados Unidos, ha incorporado nueva regulación en materia de derechos conexos, tales como nuevas definiciones de conceptos relacionados con

²¹ TLC artículo 17.7 (5), letra (d) (ii).

²² Las empresas del rubro del software han sostenido que el proyecto no se ha limitado a traspasar la excepción, contemplada en el TLC en términos restringidos, esto es como excepción sólo para las MPT, sino que lo ha hecho en términos amplios, que podrían fomentar la piratería en Chile. Por otra parte, quienes se manifiestan a favor de la inclusión de la ingeniería inversa en nuestra legislación, incluso en términos amplios, lo hacen destacando que ella permite no sólo la interoperabilidad de sistemas computacionales, sino también relevando su importancia en materia de investigación y desarrollo. Es por ello, que se hace necesario contar con una excepción en este sentido, que nos equipare a las regulaciones internacionales, para que se fomenten dichas actividades en Chile.

ellos,²³ en el futuro se introducirá a la legislación nacional regulación acerca de las copias temporales electrónicas, que el TLC contempla en el artículo 17.6(1), y que claramente constituirá una novedad para el ordenamiento jurídico nacional

g. Gestión colectiva de derechos: El TLC se extiende en esta materia, procurando que las partes del tratado fortalezcan sus sistemas de gestión colectiva de derechos, estableciendo para ello las herramientas jurídicas que sean del caso para velar por la protección de esta información. Esta materia ha sido recogida en el último proyecto modificatorio de la LPI.

h. Ratificación de acuerdos internacionales: Producto de la técnica jurídica utilizada en los dos tratados analizados en esta tesis, y fundamentalmente del AAC que basa sus disposiciones en la remisión a otros instrumentos internacionales, es inminente el inicio de un proceso de ratificación de un gran número de instrumentos internacionales, lo que integrará a nuestro país al grupo en que las normas de propiedad intelectual aplicables se encuentran normalizadas y claramente establecidas para todos.

Como pudimos apreciar en la enumeración anterior, la cantidad de materias que efectivamente han sufrido modificaciones producto de la suscripción del TLC con los Estados Unidos y del AAC con la Unión Europea, es mucho menor que aquellas que se encuentran aún en discusión para ser modificadas en un futuro cercano.

Adicionalmente, podemos agregar que una gran parte de dichas modificaciones, así como también de los proyectos de ley que se encuentran en tramitación, ha tenido su origen o inspiración en el TLC con Estados Unidos, en desmedro del AAC, lo que puede explicarse por la regulación mucho más detallada del primero de ellos, que no se ha limitado sólo a la remisión normativa, como es el caso de este último.

No obstante lo anterior, es importante recordar que el mayor aporte del AAC es que, por vía de sus disposiciones, compele a Chile a garantizar una adecuada protección a las obligaciones que garantizan los tratados que en él se indican, en las fechas comprometidas. Así sucede con el ADPIC y los Tratados OMPI, hasta la fecha, listado que podría ampliarse por disposición expresa del mismo AAC. Mediante estas normas el Acuerdo busca garantizar un nivel de protección mínimo de los derechos de autor, y es, sin

²³ Entre ellos, el de “productor de fonogramas”, “radiodifusión” y “fijación”, como también el derecho de puesta a disposición del productor de fonogramas del artículo 67 bis de la LPI; el agotamiento del derecho de distribución por primera venta respecto de los fonogramas, del artículo 68 de la LPI.

duda, uno de los mayores aportes logrados con la suscripción de este instrumento.

VI. LAS MATERIAS MODIFICADAS Y SUS EFECTOS SOBRE EL ACCESO A LA CULTURA.

Una de las modificaciones más notorias que ha experimentado nuestra legislación interna dice relación con el aumento del plazo de protección de los derechos de autor, en 20 años, producto del Tratado con los Estados Unidos. Ante ello cabe preguntarse: ¿qué efectos tendrá este aumento de plazo para el acceso a la cultura?

Lo primero que debe tenerse presente es que el plazo de protección del derecho de autor, al margen de la duración específica que éste tenga, implica el goce de derechos de orden patrimonial, exclusivos y excluyentes para su titular.

Pues bien, fácilmente podríamos concluir que, desde el punto de vista del autor y del sector dedicado a la creación de nuevos contenidos culturales, este aumento en el plazo de protección parece, a primera vista, un excelente incentivo para continuar ejerciendo dicha actividad. Desde esta perspectiva, se obtendría un beneficio para toda la sociedad, la que dispondría de mayores cantidades de bienes culturales para su consumo.

La problemática del acceso a la cultura surge cuando este aumento en los plazos no se encuentra adecuadamente complementado con un régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor apropiado, y que cumpla con la regla internacional de los tres pasos, que se menciona en la mayoría de los tratados internacionales, y que el mismo TLC reitera.

En el caso de Chile, el régimen de excepciones al derecho de autor es restringido en cuanto a su aplicación, y se encuentra plasmado en el artículo 38 y siguientes de la LPI. Adicionalmente algunos de los proyectos de ley que buscan modificar dicho cuerpo legal han propuesto ampliar este régimen de excepciones, para garantizar más posibilidades de acceso a la cultura, sobretodo para aquellos grupos con necesidades especiales.

Por su parte, un plazo más extenso de protección de los derechos de autor, implica necesariamente que dicha obra no pasará al dominio público sino una vez expirado él, extendiéndose por consiguiente el período durante el cual la obra es económicamente más atractiva para disponer de ella, y en específico comercializarla. Para el acceso a la cultura esto es de suma importancia, ya que una obra que ha pasado a dominio público es de mucho

más fácil acceso que aquella respecto de la cual los derechos patrimoniales se encuentran aún vigentes, produciéndose también una afectación al equilibrio antes mencionado.

En este punto es interesante citar al investigador Daniel Álvarez, quien sostiene que “el plazo excesivo junto al poder monopólico de los titulares del derecho pueden ocasionar daños importantes a la memoria cultural, social e histórica de un país, mediante una legislación cuya razón de ser es precisamente incentivar la creación cultural atendida su importancia social.”²⁴

Otra modificación importante hecha a la LPI dice relación con la introducción de la normativa que regula el agotamiento del derecho de distribución por primera venta.²⁵ Pero ¿cómo impacta esta nueva regulación sobre agotamiento del derecho de distribución en el acceso a la cultura? Es interesante efectuar este análisis, e incluso relacionarlo con el del plazo de la protección del derecho de autor.

Así, resulta ser que “otro antecedente interesante a considerar dice relación con que la mayoría de las obras creativas tienen una vida comercial de sólo un par de años. Por ejemplo, la vida comercial de un libro no es superior a cinco años, al quedar descatalogados (o fuera de imprenta) al cabo de ese tiempo. Cuando esto ocurre su comercio se realiza a través de ejemplares usados, los que no están afectos al pago de derechos de autor (operando la figura legal del agotamiento del derecho). De esta manera, los autores, en la inmensa mayoría de los casos, sólo reciben beneficios durante los primeros años de la creación de sus obras, no justificándose nuevamente los plazos de protección contemplados en la ley.”²⁶

Como podemos apreciar, el agotamiento del derecho de distribución con ocasión de haberse realizado la primera venta del ejemplar protegido, parece atemperar, en parte, algunos de los efectos negativos que un aumento del plazo de protección puede provocar, a pesar de ser ésta una modificación

²⁴ Álvarez Valenzuela, Daniel. Derecho de Autor y Cultura. [en línea] En: <<http://www.porlacultura.info/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=59&page=1>> [consulta: 05.03.2008].

²⁵ La letra e), inciso segundo, del artículo 18 de la LPI señala “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.”

²⁶ Álvarez Valenzuela, Daniel. Op. cit.

que no encuentra su fuente directa en el TLC, sino en el ADPIC²⁷ y en los tratados OMPI,²⁸ los cuales Chile se ha obligado a ejecutar producto del AAC.

En cuanto a otras materias que se verán modificadas en el futuro mediato, que están siendo discutidas en el Congreso Nacional, y que pueden tener efectos sobre el acceso a la cultura, encontramos las ya mencionadas MPT, excepciones a ella como la Ingeniería Inversa, y la regulación de los ISP.

En primer lugar, la regulación en cuanto a MPT es controvertida desde el punto de vista del acceso a la cultura, ya que ellas pueden entrar en conflicto con él, imponiendo condiciones adicionales a las meramente legales, y que pueden llegar a obstaculizar el acceso a una obra. Así, si bien las MPT permiten un mayor control de la obra por parte del titular de derechos, resguardándolos, pueden resultar discutibles desde el punto del vista del acceso, ya que podrían entorpecer la aplicación de algunas excepciones establecidas en favor de parte del público, amparadas por la ley, por ejemplo, para grupos especiales de discapacitados o con fines educacionales, entre otros.

Respecto a la Ingeniería Inversa, se ha estimado que es necesario que se establezca una excepción en este sentido, que permita descubrir los principios tecnológicos que rigen a un software determinado, con la finalidad de reproducir su funcionamiento al reconstruirlo desde el comienzo para compatibilizarlo con otros (interoperabilidad). Esta actividad, efectuada de manera lícita, fomenta la investigación y desarrollo, la competitividad de los mercados y el progreso en materia de tecnología. De no contemplarse de esta manera en nuestra legislación interna, corremos

²⁷ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1995. Decreto Nº 16: Promulga el "Acuerdo de Marrakech", por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los siguientes acuerdos anexos, adoptados el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos, al término de la Octava Ronda de Negociaciones Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) OMC (incluido el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADCPICs o TRIPs), mayo 1995. 42 pp. Artículo 6.

²⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto Nº 139: Promulga el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado el 20 de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, agosto 2003. 14 pp. Artículo 8, Nº 2.

serio riesgo de ponernos en desventaja frente a terceros países, en que pueda resultar más conveniente desarrollar actividades relacionadas con software, así como también afectaría de manera negativa el derecho fundamental de acceso de las personas, ya sea que éste recaiga sobre las artes, las ciencias, las artes o la tecnología.

Por su parte, la regulación que se pretende dar para los ISP, y principalmente la inclusión de un “sistema de notificación y bajada”, con motivo del TLC, puede afectar el acceso a la cultura desde la perspectiva que señala que el ISP sería el primer llamado a evaluar la titularidad y vigencia de los derechos de autor involucrados en los contenidos alojados en sus redes. Si el ISP estimara que el contenido afecta algunos derechos de autor, procederá a poner la situación en conocimiento del proveedor de contenidos y a bloquearlo, para limitar su responsabilidad.

Si bien representa un avance la propuesta regulatoria que señala el proyecto de ley del año 2007, modificatorio de la LPI, en orden a sujetar este procedimiento de notificación y bajada a la intervención judicial previa, en juicio breve y sumario, habrá que esperar hasta la tramitación íntegra del proyecto para ver cómo se regula finalmente la materia.

VII. MEDIDAS PALIATIVAS.

A continuación, esbozaremos algunas posibles medidas que permitan aminorar los efectos de los eventuales puntos de desequilibrio, que puedan producirse entre el derecho de autor y el acceso a la cultura, con motivo de la nueva regulación sobre derecho de autor, resultante de los tratados internacionales suscritos por Chile con la Unión Europea y los Estados Unidos.

Como primera medida, será necesario readecuar el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, para neutralizar los posibles efectos negativos de la extensión del plazo de protección a 70 años después de la muerte del autor, y de los nuevos adelantos tecnológicos, para los cuales nuestro actual régimen de excepciones no se encuentra adaptado.

Sobre este punto, el profesor Alberto Cerda ha señalado que “en el caso de los países en desarrollo, la ausencia de un adecuado régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, asociado a la extensión de los plazos de protección, resulta lesivo para la población que carece de ingresos para participar del quehacer cultural; de hecho, la cultura recibe el

tratamiento propio de necesidades suntuarias.”²⁹ No obstante el mismo autor, se ha encargado de aclarar que dichas excepciones y limitaciones no constituyen la solución definitiva a este complejo tema, ya que se deben establecer “medidas de resguardo frente a prácticas de licenciamiento y herramientas técnicas mediante las cuales los titulares de derechos procuran restringir la extensión de aquéllas (*limitaciones y excepciones*) y menoscabar el acceso a las obras.”³⁰

En todo caso, el proyecto de ley modificatorio de la LPI de 2007, contempla ampliar el actual régimen de excepciones y limitaciones, extendiendo, por ejemplo, el derecho de cita, estableciendo excepciones en beneficio de los discapacitados, y ordenando y actualizando algunas excepciones que ya se encuentran vigentes en nuestra ley. Aquí encontraremos aquellas que benefician a las bibliotecas y archivos, aquellas que tienen fines educacionales, las que dicen relación con programas computacionales, la excepción de copia temporal, y las demás que sean necesarias, en tanto cumplan con la regla de los 3 pasos del Convenio de Berna, que ya hemos citado.

Como hemos visto, otra medida que equilibra las desventajas que un plazo excesivo de protección al derecho de autor pudiera provocar, resulta ser la inclusión del agotamiento del derecho de distribución por primera venta en la Ley. Con ello, se logra promover un mercado compuesto por ejemplares de segunda mano, de costo inferior, ya que no deben pagar nuevamente los cargos por concepto de derecho de autor, y que resulta más accesible para los grupos más desposeídos de nuestra sociedad.

Respecto de las medidas que tenderán a controlar la piratería y falsificación de productos sujetos a derechos de autor, podemos decir que, resultará vital para el éxito de las mismas, que sean combinadas con medidas que tiendan a acercar la cultura a las personas que tienen mayores problemas para acceder lícitamente a ella. Así, será fundamental la implementación de nuevas bibliotecas y centros de préstamo de obras protegidas, de manera gratuita o a muy bajo costo, garantizando así, adecuada y simultáneamente, el acceso de los más desposeídos a la cultura de una forma que no resulte infractora de los derechos de los autores y de los titulares.

²⁹ Cerda Silva, Albertom, “Derecho de Autor y Educación”, [en línea] en: <http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre2/_2004/tlc/modulo2/clase4/doc/educacion.doc> [consulta: 05.03.2008].

³⁰ Id. Anterior.

En cuanto a la nueva regulación que se pretende dar para los ISP, estimamos que una buena medida de protección y promoción del acceso a la cultura, estaría constituida por acciones de fomento a la utilización de los sistemas de licenciamiento abierto, del tipo Creative Commons o General Public License (GPL). Éstos, en su carácter de complementarios al régimen legal y supletorio de protección de los derechos de autor, podrían coadyuvar en la labor cotidiana de los ISP, otorgándoles mayores certezas en cuanto a la vigencia de los derechos autorales. Así, y en el marco de lo dispuesto por el TLC, los ISP podrían contar con mejores elementos de juicio antes de decidirse a iniciar un procedimiento de notificación y bajada de contenidos posiblemente infractores.

Asimismo, este incremento en el margen de certezas beneficiaría a los autores que, a su vez, sean proveedores de contenidos. Si licencian sus obras, ya protegidas por el derecho de autor, verán fortalecida su posición para enfrentarse a los ISP en el marco de un eventual procedimiento de notificación y bajada de contenidos.

En suma, al promoverse el uso de mecanismos que sean capaces de aumentar la convicción acerca de la vigencia de los derechos de autor respecto de una obra determinada, es probable que la utilización de procedimientos como el de notificación y bajada se torne de carácter excepcional, y de paso, con ello se protege el acceso de las personas a las obras que legítimamente circulan en la red.

Finalmente, es interesante destacar que el proyecto modificatorio de la LPI, en tramitación desde el año 2007, si bien tiene constantemente presente que debe procurar la adecuación de la ley a los compromisos internacionales vigentes, no deja de lado los principios y normas constitucionales que rigen, y busca soluciones que ayuden a aminorar los eventuales efectos negativos de la regulación contenida en los tratados, en razón de la amplitud de los términos en que se encuentra redactado.

Así, por ejemplo, al proponer una normativa que cumpla con la exigencia de regular los casos en que se encuentra limitada la responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet, y específicamente en cuanto al sistema de notificación y bajada que el TLC contempla, busca moderar los posibles efectos adversos del sistema propuesto en el Tratado, con total respeto de lo acordado en él, y dentro de los márgenes que se confieren para su adecuada implementación.

Para ello el proyecto opta por establecer un procedimiento judicial de naturaleza breve y sumaria, que implique que el afectado deba ocurrir ante la justicia para que sea ésta quien impetre la orden de bajada de los

contenidos eventualmente infractores del derecho de autor, evitando con ello la lesión de principios constitucionales, tales como el de legalidad y de regulación de potestades del Poder Judicial. Éste último es el llamado a resolver los conflictos suscitados entre particulares, que se produciría con la implementación lisa y llana de un sistema directo de notificación y bajada que implique al proveedor de servicios una suerte de fiscalización e intromisión directa en los contenidos que circulan por sus redes, además de la vulneración de la privacidad que implicaría esta vigilancia o supervisión de los datos.

VIII. CONCLUSIONES.

Recorrido el camino trazado para esta investigación, hemos llegado al punto en que se hace necesario exponer nuestras personales conclusiones respecto al tema que inspira la presente tesis. Esto es, el acceso a la cultura y su estrecha relación con el derecho de autor, y como ella se podría ver afectada por el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, así como también por el AAC con la Unión Europea.

Como primera conclusión quiero dejar de manifiesto que creo firmemente en que debe existir un régimen de derechos de autor potente, que entregue garantías y estímulos a los titulares de dichos derechos, y sobretudo a los autores, de que sus esfuerzos se verán recompensados tanto moral como patrimonialmente, y que a la vez los proteja de todas las formas de piratería que intentan, de formas marginales al ordenamiento jurídico establecido, sustraerles lo que con esfuerzo han creado y compartido con la comunidad.

También creo que esa regulación de derecho de autor debe gozar de un saludable equilibrio entre dos elementos: la "Protección" de las obras, por una parte, y el "Acceso" a ellas, por la otra. En este sentido postulo que debe distinguirse claramente la piratería del acceso al conocimiento, ambos no pueden ser malentendidos hasta el punto de la confusión. Es por ello que nos hemos dedicado a explicar in extenso el significado y contenido del concepto de acceso a la cultura, aún novedoso, incluso en el foro internacional, pero a cuyo respecto se discute hace algún tiempo sobre su condición de derecho fundamental.

Precisamente, sobre este punto aún no pueden extraerse conclusiones pacíficas, pero siendo necesario tomar una posición, y argumentarla, para aportar a la discusión que de seguro, tomará cada vez mayor protagonismo nacional e internacionalmente, hemos señalado que estamos a favor de

considerar al acceso al conocimiento como un derecho fundamental. Para ello no sólo nos valemos de los obvios argumentos de texto, contenidos en los tratados internacionales, sino también en principios rectores tales como la equidad, la justicia y los principios formadores de una sociedad democrática, los que no pueden sino llevarnos a concluir que el acceso a la cultura es un derecho humano.

Hasta los más reacios ante esta clasificación podrán, cuando menos, reconocer que se trata de un bien jurídico que debe ser protegido por toda la sociedad en su propio beneficio. El acceso implica la existencia de garantías mínimas que velen por este interés común, que permitan que todos los miembros de la sociedad tengamos chance de entrar en contacto con los bienes culturales, acceder, educarnos, y crear en base a ellos en la medida que no infrinjamos los derechos de los autores y titulares. El acceso no es una garantía “a todo evento” es un espacio que debe convivir en armonía con la protección de los derechos de autor, respetándose mutuamente, y es tanto un instrumento que contribuye al desarrollo personal y a la calidad de vida de los sujetos, como también un instrumento de inserción social y de soporte democrático, a la vez que constituye una herramienta de fomento a la creatividad –la que se nutre de las obras ya existentes- y de desarrollo económico.

Como ya hemos señalado, nuestra conclusión es que el acceso a la cultura, es un derecho fundamental, ya que dicho carácter le ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos así como en su par, la versión Interamericana, entre otros. Es más, la propia Unión Europea, en el Acuerdo Comercial suscrito con Chile, ha relevado la importancia de esta clase de instrumentos, como base para la relación de ambas partes, como ya hemos visto en capítulos anteriores.

No obstante lo anterior, comprendo que el asunto resulte discutible para un considerable sector de la doctrina, ante lo cual no me cabe sino reiterar que las nuevas categorías de derechos fundamentales han procurado, desde hace alguna décadas, no sólo reconocer y amparar aquellos derechos humanos tradicionales y relacionados con la vida humana, sino con que ésta esté acompañada de dignidad, en términos de un adecuado acceso a la salud, educación, y por supuesto también a la cultura.

En cuanto a este punto, resulta también interesante explicar las razones por la cuales esta noción de acceso como derecho fundamental no ha sido considerada ni en la propia Carta Fundamental ni en la LPI. Ello no obedece sino a lo anacrónico de nuestra legislación en materia de propiedad intelectual, que data de los años '70, que si bien ha sufrido algunas

modificaciones, no han sido tan profundas como para transformar los fundamentos en que se basa, entre los cuales encontramos un exacerbado acento en el derecho de propiedad, de la misma forma que sucede con la Constitución Política de 1980, y en cuyo marco el acceso tiene una función más bien marginal y de un marcado carácter excepcional.

Ahora bien, despejados estos puntos previos, debemos plantear nuestras conclusiones respecto de la hipótesis de esta tesis, ella es que la nueva regulación sobre derecho de autor, que incorporará las adecuaciones legales necesarias para dar acabado cumplimiento a los compromisos internacionales recientemente contraídos por Chile en los acuerdos comerciales con Estados Unidos y la Unión Europea, influirá sobre el derecho fundamental de acceso a la cultura en nuestro país.

A este respecto podemos señalar que creemos firmemente que la nueva normativa de derecho de autor, tanto la que ya hemos visto salir a la luz como la que aún se encuentra en estado de proyecto previo a convertirse en ley, producirá un notorio efecto sobre el acceso a la cultura, de la forma en que hemos vivenciado dicho concepto, hasta la fecha, en nuestro país.

Por una parte, podemos sostener que resulta innegable que la influencia de ambos tratados analizados, aunque en mayor medida el TLC con los Estados Unidos, han propugnado un incremento de las normas antipiratería, buscando tipificar las conductas lesivas de los derechos de autor y penalizarlas de manera ejemplar, asimismo como fortalecer las normas de observancia para hacer valer los derechos autorales eventualmente lesionados. Esta tendencia fortalece la normativa de esta área específica, sin duda, y representa un avance notable respecto del actual estado de cosas en Chile, propugnando la consolidación del sistema de protección de los derechos de autor, que es clave para el logro de un balance normativo.

No obstante lo anterior, el escueto régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor de que nos provee la actual ley, y cuya modificación es incierta aún, así como el enorme desconocimiento de la normativa vigente, pondrá en riesgo a miles de connacionales que viven en el convencimiento de que todo aquello que, por ejemplo, las tecnologías le permiten hacer es lícito. Dentro de estas conductas podemos mencionar la confección de copias privadas de material protegido por el derecho de autor y adquirido lícitamente, conducta que actualmente no es constitutiva de una excepción legítima a dicho derecho (como sucede en el Derecho Comparado), pero que llama a gran confusión entre los menos entendidos en esta materia.

En casos como el mencionado, evidenciamos cómo la normativa legal se ha alejado de los estándares más lógicos y obvios, haciendo más dificultoso su cumplimiento espontáneo por parte de la ciudadanía. Es por ello que la oportunidad que los tratados internacionales suscritos por Chile han abierto, para discutir una ampliación y reestructuración del actual régimen de excepciones y limitaciones, reviste tanta importancia, ya que actualmente éste no está adaptado adecuadamente el entorno tecnológico y sus funcionalidades, y dispone excepciones bastante mezquinas y de engorrosa aplicación. El proyecto de ley que busca reformar la LPI, busca organizar y actualizar las excepciones ya existentes, y complementarlas con otras, de mayor actualidad y necesidad, para equilibrar protección con acceso a la cultura.

Se extraña que, complementariamente a la propuesta de un nuevo régimen de excepciones y limitaciones, no se haya incluido, al menos para su discusión inicial, una proposición sobre licenciamiento obligatorio. Estas licencias, al igual que las excepciones y limitaciones al derecho de autor, también corresponden a autorizaciones legales para el uso de las obras. La diferencia estriba en que las primeras implican un pago de derechos a los titulares de ellos, en tanto las segundas, no.

Esta medida, que encuentra su fuente en la regulación contenida en los ADPIC que el TLC y el AAC sindicaron como base de sus disposiciones, habría colaborado a fomentar el acceso a la cultura, toda vez que facilita la circulación de las obras, no obstante la negativa o el desinterés de determinado titular de derechos en hacerla asequible en países como el nuestro. Así ha sucedido en otros países latinoamericanos, como es el caso de Argentina y Colombia, en que el licenciamiento obligatorio permite a las editoriales efectuar traducciones y publicaciones de determinadas obras en idioma español, cuando el sello editorial original no lo ha hecho, garantizando de paso el acceso a la cultura de la ciudadanía.

Otras de las materias normadas, sobretudo en el TLC, hacen avizorar algunas fuentes de conflicto en materia de acceso, aún más aquellas que postulan, en una primera fase, la aplicación de métodos nuevos para nuestro sistema jurídico, que buscan conectar al titular de derechos de autor y al eventual infractor, mediante el ISP. Me refiero, sin duda, a la figura del sistema de notificación y bajada que se regula a propósito de la limitación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet, que el TLC introduce, y que el proyecto de ley del 2007, modificatorio de la LPI, busca incorporar a la legislación nacional.

Este mecanismo, mal utilizado, se podría llegar a convertir en una poderosa herramienta para entorpecer el acceso al conocimiento. Bajo la

premisa, y a la vez el prejuicio, de que Internet es un medio en el cual las infracciones al derecho de autor prosperan sin freno posible, este sistema directo de notificación y bajada, que opera mediante un aviso directo entregado, con los requisitos que el tratado señala, al proveedor de servicios de Internet por parte del eventual titular de derechos, puede convertirse en un serio obstáculo que bloquee la circulación de obras libres de derechos de autor en la red, ya que la comprobación de la titularidad y vigencia de dichos derechos alegados quedará entregada directamente a las partes.

Por ello representa un avance la propuesta regulatoria que señala el proyecto de ley modificatorio de la LPI del año 2007, en orden a sujetar este procedimiento de notificación y bajada a la intervención judicial previa, en juicio breve y sumario. Habrá que esperar hasta la tramitación íntegra del proyecto para ver cómo se regula finalmente la materia, y cómo ésta se desempeña en la práctica.

En este mismo sentido, las nuevas regulaciones que incidan en aspectos relacionados con el funcionamiento de la red Internet pueden llegar a constituirse en un importante obstáculo o dificultad al acceso al conocimiento, toda vez que esta red es, hoy en día, uno de los medios de acceso más importantes.

Un ejemplo de ello, estaría dado por la regulación venidera en materia de transmisiones digitales no interactivas, y particularmente de las radios digitales en Internet, que actualmente carecen de regulación, pero que en un futuro mediato, producto de las disposiciones del TLC, y en particular del artículo 17.6(5), será regulada, tal como lo está en los Estados Unidos, en que estas radios digitales pagan canon o derechos de autor por la reproducción de contenidos en la red, de acuerdo a lo dispuesto por la Copyright Royalty Board, aprobada en Mayo del año 2007.

También desde la perspectiva de las nuevas tecnologías, la nueva regulación sobre violación de MPT, que deberá incorporarse a nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del TLC, en un futuro próximo, puede resultar lesiva para el derecho de acceso a la cultura.

Estas medidas que restringirán el acceso a una obra determinada (de acuerdo a los términos del TLC), están en principio destinadas a proteger los intereses de los titulares de derechos de autor, pero el peligro que revisten es que pueden llegar mucho más allá, perjudicando los intereses legítimos de los usuarios y consumidores, e incluso su privacidad, al controlar cuántas veces se puede acceder a la obra, en qué condiciones, por ejemplo. Además ello puede llegar a afectar a los ámbitos de las ciencias y la educación.

Es por ello, que urge tener presente la eventual afección al acceso a la cultura que una regulación poco clara puede llegar a tener, aún más cuando hemos podido apreciar a lo largo de este estudio, que Chile ha sido privilegiado, en relación a sus pares sudamericanos, con disposiciones en el TLC que le entregan una mayor flexibilidad a la hora de implementar las disposiciones relativas a MPT. En este sentido, sería esperable que se siguieran algunas de las recomendaciones de implementación, hechas por la Electronic Frontier Foundation,³¹ tales como: limitar expresamente la protección legal de las MPT a la violación de derechos de autor, dar cabida a la elusión con propósitos legítimos; prohibir el uso anticompetitivo de las MPT, eximir de responsabilidad civil o penal a los infractores inocentes y a las bibliotecas sin fines de lucro, archivos e instituciones educacionales, entre otras.

Por otra parte, el aumento de los plazos de protección desde la vida del autor más 50 años hasta los 70 años que, a primera vista, puede resultar sumamente atractivo para los titulares de derechos, incluso en mayor medida que para los propios creadores, puede llegar a generar grandes problemas desde el punto de vista del acceso a la cultura, y desde la perspectiva del necesario fortalecimiento del dominio público.

Como hemos señalado antes, dicha ampliación en los plazos de protección, puede contener en sí mismo efectos negativos para el régimen de derechos de autor. Los plazos demasiado extensos impiden una renovación continua de las obras que se encuentran disponibles en el dominio público, respecto de las cuales el acceso de la población es mayor, provocando en el mediano plazo una fatiga en el régimen de derecho de autor, incidiendo en el incremento de las infracciones al mismo.

Este cambio normativo deja en evidencia, a nuestro juicio, un escaso celo a la hora de resguardar el interés público y el acceso a la cultura, en pro de un favorecimiento a los titulares de derechos de autor quienes, en definitiva, detentan los derechos de explotación económica de la obra, no beneficiándose precisamente a los creadores mismos de ellas.

A favor del acceso debemos destacar la consagración en la Ley del “agotamiento del derecho por primera venta”, que protege el acceso de la población a la cultura que se vende “de segunda mano” y que se encuentra exenta de nuevo pago de derechos de autor, entregando opciones más

³¹ Electronic Frontier Foundation, “Las MPT en el TLC entre Estados Unidos y Chile”, [en línea] en: <<http://www.cpsr-peru.org/lpi/can/mpt/chile/chile#>> [consulta: 24.03.2008].

económicas e igualmente legítimas para acceder a los bienes culturales disponibles.

De una manera similar se espera que suceda con las nuevas bibliotecas públicas que se planea crear en virtud de lo propuesto en el actual proyecto para una nueva ley de propiedad industrial, actualmente en discusión en el Congreso Nacional.

La totalidad de este proceso adecuatorio deberá realizarse, sin perder de vista las normas del AAC con la Unión Europea, que nos compelen a cumplir, dentro de plazo, con los distintos instrumentos internacionales que en él se señalan. Así como los Estados Unidos nos han incorporado a su Lista de Observación Prioritaria de Propiedad Intelectual, la Unión Europea también mantiene sus ojos puestos en nuestro país, y en cómo garantizamos el cumplimiento de los tratados internacionales que crean la base de una protección estándar de los derechos de autor.

En suma, y como conclusión final de esta tesis, nos resta señalar que, sin duda, algunos elementos del TLC con los Estados Unidos y del AAC con la Unión Europea, al ser llevados a la práctica en el entorno nacional, podrían entrar en colisión con el acceso a la cultura, en desmedro de ella, debido a un excesivo celo y acento en la protección de los derechos, por sobre todo de los titulares de derechos de autor.

El origen de esta mayor protección de la propiedad intelectual se remonta al mayor desarrollo de estas materias en los países de origen de nuestros socios comerciales, tanto en sus legislaciones y economías internas, estándar que tratan de incorporar en nuestra legislación para asegurar el comercio de sus bienes y servicios impregnados de activos intelectuales.

No obstante ello, el proceso normativo adecuatorio es, y ha sido también, una enorme oportunidad de debatir acerca de nuevos temas, tales como el acceso, que urge reconocer y amparar legalmente en Chile, lo que se ha visto reflejado en el último proyecto modificatorio de la LPI, en actual discusión en el Congreso Nacional. Conjuntamente se debe buscar la promoción de mejores estándares de protección para el derecho de autor, siempre en pos de lograr un balance entre ambos elementos.

En este mismo sentido, ha resultado sumamente interesante el contrapunto efectuado entre los dos tratados analizados en esta tesis, que dejan de manifiesto los diferentes estilos negociadores e integradores de nuestros socios comerciales en Europa y Norteamérica, pero en que subyace la intención de promover los derechos de autor, a la par del acceso a la

cultura, como hemos podido apreciar. Salvo en algunos casos puntuales, como por ejemplo el de las MPT y del sistema de notificación y bajada de los ISP, se deberá tener especial cuidado al momento de su implementación, para no descuidar el aspecto del acceso a la cultura.

Es importante relevar que en este proceso adecuatorio de nuestra normativa interna sobre derecho de autor, se ha procurado integrar una visión más amplia, que nos permita cumplir cabalmente con los compromisos contraídos, honrando los pactos suscritos tanto con nuestras contrapartes en los tratados analizados en esta tesis, en el plano internacional, así como también buscando paralelamente un cierto equilibrio con el acceso a la cultura, en pos de un Chile más justo para todos sus ciudadanos.

Resulta esperable que en el lapso de algunos años, podamos contar con una legislación autoral que equilibre la protección de los derechos de los creadores, más que los de los titulares, con el derecho fundamental de acceso de la población a la cultura y a los beneficios que de ellas derivan. Para ello será fundamental contar con un régimen de derecho de autor que sea capaz de resguardar nuestro patrimonio cultural de manera lícita, y que se encuentre suficientemente adecuado al nuevo entorno digital que nos rodea, permitiendo su legítimo desarrollo con respeto a los derechos vigentes.

Esta nueva intencionalidad, orientada al equilibrio, y que hoy vemos subyacer en el proyecto de ley modificatorio de la LPI del año 2007, constituye, por cierto, una iniciativa loable y una senda a seguir para la regulación venidera equilibrada del derecho de autor en Chile. También deja traslucir la nueva perspectiva que se debería dar a la regulación del derecho de autor en Chile, desde la perspectiva que la considera una herramienta para el desarrollo de la creatividad y de la cultura, elementos con los que debe conjugarse, y no confrontarse antagónicamente, para generar un ciclo virtuoso que un derecho de autor en pro de los autores y de la ciudadanía.

Es por ello que esta tesis ha pretendido relevar cuáles son las materias que pueden verse afectadas por la nueva regulación de derecho de autor, así como también se ha permitido esbozar algunas posibles soluciones a los problemas que pudieren plantearse. No obstante lo anterior, la profundización respecto de muchas de ellas, no podrá si no, ser objeto de un trabajo posterior mucho más específico, y que disponga de otros elementos de análisis que hoy sólo forman parte de proyectos de ley que no han salido a la luz.