

# PROYECTO DE LEY CORTA SOBRE PIRATERÍA, MODIFICA LA LEY 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL\*

*Alberto Cerda Silva*

Magíster en Derecho Público y Profesor Asistente de Derecho Informático  
Centro de Estudios en Derecho Informático – Universidad de Chile

**SUMARIO:** I.- INTRODUCCIÓN.- II.- LA INICIATIVA LEGISLATIVA.- 1.- Fundamentos y objetivo del proyecto.- 2.- Contenido del proyecto.- III.- LOS EFECTOS DIRECTOS DE LA INICIATIVA.- IV.- LOS EFECTOS COLATERALES DE LA INICIATIVA.- 1.- El derecho a la educación y el acceso a la cultura.- 2.- La libertad de expresión y el derecho a la información.- 3.- El derecho de propiedad.- 4.- El derecho a desarrollar actividades económicas.- 5.- El derecho a la igualdad ante la ley y persecución penal.- V.- CONCLUSIONES.-

## I. INTRODUCCIÓN

La normativa sobre propiedad intelectual supone la construcción de un equilibrio entre los intereses de los autores, a fin de promover la creación de nuevas obras del intelecto humano, y, de otro lado, la necesidad de proteger a los titulares de derechos de autor, mediante el expediente de un marco jurídico que proporcione seguridad a éstos respecto de los derechos que detentan sobre las obras; la ecuación se torna particularmente compleja cuando al mencionado equilibrio debemos agregar el interés de usuarios y consumidores en acceder a la cultura, gozar de las artes y participar de los progresos de la ciencia y de sus beneficios. Más aún, cuando examinamos la posición ambivalente que algunos agentes sociales ocupan a nivel nacional en tal ecuación; así por ejemplo, las pequeñas y medianas empresas locales hacen las veces de titular –respecto de las creaciones propias que explotan– y, a su vez, de usuarios –respecto de las obras de que se sirven en tal proceso, como acontece con el software–.

\* Mensaje presidencial 228-350 del 12 de enero de 2004 con que inicia un proyecto de ley modificatorio de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

El texto ha sido elaborado sobre la base del informe preparado por el autor para la Mesa de Trabajo de la Sociedad Civil sobre Propiedad Intelectual y presentado en Primer Encuentro Taller "Derechos de Propiedad Intelectual" desarrollado el 2 de abril del 2004, en el Auditorium Ministerio del Trabajo. Especial reconocimiento merecen las observaciones formuladas por Daniel Alvarez, investigador del Centro de Estudios en Derecho Informático, y Paulo Slachevsky, Director de LOM Ediciones y Presidente de la Asociación de Editores Independientes de Chile.

La pretensión de lograr tal equilibrio se torna particularmente difícil en un entorno globalizado, en que los medios de comunicación y transporte han incrementado el flujo de bienes y servicios, tangibles y no; la falta de armonización de las diversas legislaciones nacionales en cuanto al nivel de protección suministrado a los titulares de derechos de autor, a los propios autores y a la comunidad ha evidenciado la necesidad de incorporar tales contenidos en tratados internacionales.

De hecho, a partir de la Ronda de Uruguay de la Organización Mundial de Comercio, se ha pretendido abordar el tema concerniente a la propiedad intelectual en el marco de las negociaciones comerciales, ya que las diferencias de las legislaciones internas distorsionarían el comercio internacional. Así lo muestran los recientes acuerdos internacionales suscritos por Chile con la Unión Europea, así como con los Estados Unidos, e igualmente se aprecia en el borrador del tratado para la conformación de un Área de Libre Comercio de las Américas (ALCA).

Lamentablemente, los instrumentos internacionales en cuestión no han puesto igual énfasis en salvaguardar los intereses concurrentes en la regulación de la propiedad intelectual y, peor aún, conducen a un tratamiento mercantilista de la materia, que prescinde o subestima la relevancia de la creación en el desarrollo cultural de los pueblos.

Precisamente, los procesos de integración comercial plantean demandas de equivalencia normativa internacional, exigencias a las cuales responde una serie de iniciativas previstas en la denominada *Agenda Digital*, que incluye la obtención de una debida protección a la propiedad intelectual y el establecimiento de un adecuado balance entre la protección de creadores e inventores, con los derechos de usuarios y consumidores. Entre las medidas legislativas se prevé la celeridad de los procedimientos civiles y criminales contra la piratería, la precisión de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, la determinación de la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracciones a la propiedad intelectual y el establecimiento de disposiciones contra la elusión de medidas de protección tecnológica.<sup>1</sup>

La bitácora legislativa definida por los acuerdos comerciales suscritos recientemente por Chile ha iniciado su curso, en materia de propiedad intelectual, con la reciente modificación introducida por la Ley 19.914 del 19 de noviembre de 2003 a la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. En el mismo orden, nos parece, se encuentra el texto del actual mensaje presidencial con el que se inicia un proyecto de ley cuyo objetivo es modificar esta misma ley, a fin de combatir, según sostiene, más severamente la piratería y, en general, los atentados contra los derechos de propiedad intelectual, particularmente en lo que respecta al otorgamiento de más y supuestamente mejores instrumentos legales para la investigación de los delitos y la sanción de los mismos.

Sin embargo, como hemos enunciado precedentemente, un adecuado sistema de protección de la propiedad intelectual no puede prescindir del interés social preexistente, coexistente y/o sobreviniente a la misma. En concreto deben procurarse un sano equilibrio entre los legítimos intereses del titular de los derechos, sea autor o no, con los igualmente legítimos intereses de la sociedad para servirse de sus creaciones.

No en vano, ese repositorio del acervo jurídico común de la humanidad que es la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948, se hace eco de la necesidad de conjugar los intereses en cuestión, en su Artículo 27,<sup>2</sup> en los siguientes términos:

- "1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."*

Este equilibrio se concreta, entre otros modos, mediante el establecimiento de un sistema de excepciones y/o limitaciones a los derechos de autor, a través de las cuales se autoriza legalmente a hacer uso de las obras prescindiendo de la autorización del titular de los derechos, mediando o no remuneración para el mismo; tal es el caso, por mencionar algunas hipótesis habitualmente previstas en el derecho comparado, del derecho a copia privada, de los usos legítimos no comerciales y las denominadas licencias obligatorias.<sup>3</sup>

En este contexto es loable el afán del proyecto por potenciar la protección del titular de los derechos de autor sobre sus obras; sin embargo, es, igualmente, censurable la absoluta ausencia en la propuesta de consideraciones que salvaguarden el interés social en las mismas y, peor aún, la incriminación de prácticas que precisamente pretenden satisfacer necesidades de orden público, que van desde garantizar el acceso a la cultura hasta las condiciones que permitan desarrollar la tan deseada agenda de desarrollo tecnológico, pasando por la concreción de garantías fundamentales tales como la libertad de expresión, el derecho a la educación, o el simple ejercicio de las facultades inherentes al dominio, cuales son usar, gozar y disponer de los bienes cuya propiedad ha sido legítimamente adquirida.

En lo que sigue, describiremos sucintamente la propuesta del Ejecutivo, considerando los fundamentos, objetivos y contenidos contemplados en el mensaje presidencial, para enseguida reparar en los excesos a que podría conducir su adopción y, finalmente, considerar las enmiendas necesarias que, nos parece, amerita el texto propuesto a fin de plasmar un adecuado equilibrio entre el afán de proteger al titular de derechos de autor y, a su vez, resguardar el derecho de la comunidad, usuarios y consumidores, para concurrir libremente a la vida cultural, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios resultantes de él.

<sup>2</sup> Otro tanto hace el artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos del Hombre de 1948; con igual celo y, a la vez, confiriendo responsabilidad a los Estados Partes al efecto, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

<sup>3</sup> Este sistema de excepciones o limitaciones también está previsto en nuestra Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual; sin embargo, la mezquina extensión de sus hipótesis ya resultaba precaria a la época de su dictación, resultando prácticamente anacrónica, no obstante algunos remozamientos parciales de que ha sido objeto, a la luz de las posibilidades que ofrece el entorno digital para la distribución, ejecución y reproducción de obras amparadas por el derecho de autor.

<sup>1</sup> Grupo de Acción Digital, *"Agenda Digital"*, febrero 2004.

## II. LA INICIATIVA LEGISLATIVA

### 1. Fundamentos y objetivo del proyecto

El proyecto en examen consigna como fundamento que la consagración de los derechos de autor y conexos constituyen un reconocimiento a los titulares de creaciones artísticas, literarias y científicas para gozar de sus obras, explotarlas a su voluntad e impedir que otros se atribuyan su paternidad, así como a los artistas, intérpretes y ejecutantes facultades respecto de sus producciones y el derecho a percibir una justa retribución por su uso público; su importancia dio, en su oportunidad, pie a su reconocimiento constitucional, mediante enmienda a la Carta Fundamental.

Sin embargo, *“la proliferación de la piratería y el desarrollo expansivo de organizaciones criminales en torno a la producción y distribución ilícita de ciertos productos y creaciones”* hacen necesario otorgar una mayor protección a los creadores y, a su vez, resguardar a la industria de los derechos de autor. Posteriormente podremos apreciar, no obstante, que la redacción de los tipos penales propuestos excede con creces las exigencias impuestas por los tratados internacionales suscritos por Chile en la materia y aun los fundamentos declarados en la iniciativa presidencial; más aun, la iniciativa, so pretexto de brindar protección a los creadores, parece satisfacer los requerimientos de los titulares de los derechos de autor, particularmente de las industrias del entretenimiento y del software.

Lo anterior, prosigue en su fundamentación el proyecto, reviste relevancia pues la piratería y demás prácticas ilegales conexas con ella constituyen una violación del derecho de propiedad intelectual, a la vez que distorsionan el funcionamiento normal del mercado, generando un grave perjuicio patrimonial a las empresas vinculadas al rubro y, por la evasión tributaria que significan, ocasionan un enorme daño patrimonial al Estado.

Admitiendo la falta de idoneidad del régimen de protección y sanciones contemplado en la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual, el Ejecutivo propone introducir modificaciones en la materia, a fin de combatir de forma más severa la piratería y, en general, los atentados en contra de esta clase de derechos, otorgando más y supuestamente mejores instrumentos legales para la investigación de los delitos y la sanción de los mismos.

### 2. Contenido del proyecto

Para satisfacer los fines declarados en el mensaje, el nuevo capítulo II del Título III de la Ley 17.336 propuesto contempla nuevas figuras penales, algunas de las cuales mantienen las disposiciones incorporadas recientemente por la Ley 19.914, adecuando y endureciendo las penas y sanciones por acciones que atentan contra la propiedad intelectual y establece un estatuto normativo especial respecto de los delitos de piratería y conexos con este.

El proyecto considera los siguientes tipos penales, según la denominación que él mismo les da: i) uso no autorizado; ii) reproducción, importación, adquisición o distribución no autorizadas; iii) asociación ilícita para la comisión de delitos contra la propiedad intelectual; iv) figuras especiales de falsificación; difusión engañosa; y, v) omisión en la confección de planillas de ejecución.

Asimismo, el proyecto incorpora algunas normas de carácter procesal para asegurar la eficacia de la intervención judicial en la materia; así en cuanto al ejercicio de acciones, a la adopción de medidas precautorias, la concesión de un derecho de opción para efectos indemnizatorios, el establecimiento de medidas especiales respecto de las especies producto de la actividad ilícita, la admisión de ciertos apremios para la entrega de información y la publicidad de la condena, en su caso.

No serán objeto de este informe las normas de carácter procesal antes señaladas, limitándose a pronunciarse sólo sobre aquellas de naturaleza penal sustantiva, y ni aun a todas éstas, sino sólo a las que tipifican penalmente el empleo no autorizado de obras amparadas por derechos de autor y la reproducción, importación, adquisición o distribución de las mismas; esto es, el análisis recaerá sobre los tipos contemplados en los artículos 79 a 81-A propuestos por el mensaje presidencial para la Ley sobre Propiedad Intelectual.

La nueva redacción que el proyecto propone para el artículo 79 de la Ley sobre Propiedad Intelectual sanciona a quien utilice obras de dominio ajeno protegidas por la ley, inéditas o publicadas, o interpretaciones, producciones y emisiones protegidas de los titulares de derechos conexos, cuando dicha utilización sea realizada con ánimo de lucro y sin estar expresamente facultado para ello. La sanción penal impuesta al infractor es multa de 10 a 100 UTM o presidio menor en su grado mínimo. Además, en caso de reincidencia o perjuicio superior a 100 UTM, se aplican ambas penas.

A su turno, el artículo 80 propuesto sanciona con pena de presidio menor en su grado mínimo o multa de 20 a 200 Unidades Tributarias Mensuales a quienes, con ánimo de lucro y sin que exista autorización del titular del correspondiente derecho o de la ley, incurrieren en alguna de las siguientes conductas:

- 1) la reproducción de ejemplares o copias de una obra amparada por la ley, cualquiera sea el procedimiento o soporte empleado;
- 2) la reproducción de interpretaciones o ejecuciones artísticas o fonogramas de obras también protegidas, y
- 3) la importación, distribución, o adquisición para su distribución, de ejemplares o copias reproducidas de las mismas.

En caso de reincidencia, así como cuando el monto del perjuicio causado por cualquiera de dichas conductas superase las 100 UTM, la pena será de presidio menor en su grado mínimo a medio y multa de 150 a 300 UTM.

Las sanciones recién mencionadas son incrementadas por el artículo 81 a presidio menor en su grado medio a máximo y multa de 300 a 600 UTM en el caso de tratarse de una organización ilícita dedicada a la comisión de delitos previstos en la propia ley, y el imputado tuviere en ella poderes de dirección o aportare significativamente medios materiales indispensables para su operación. Y, en caso que el perjuicio irrogado excediere las 400 UTM, la pena será presidio menor en su grado máximo y multa de 400 a 600 UTM.

Finalmente, el artículo 81-A propuesto sanciona a quien incurra en las conductas enumeradas en el párrafo anteprecedente aun cuando lo fuesen sin ánimo de lucro, siempre que el perjuicio ocasionado fuere mayor a 150 UTM, graduándose la pena en función del monto del perjuicio causado: presidio menor en su grado mínimo o multa de 150 a 300 UTM, cuando el daño superare las 150 UTM; presidio menor en su grado mínimo y multa de 250 a 400 UTM, si el perjuicio irrogado fuese superior a 400 UTM.

### III. LOS EFECTOS DIRECTOS DE LA INICIATIVA

Al sancionar a todo quien, careciendo de autorización, utilice con ánimo de lucro las obras, interpretaciones, producciones y emisiones protegidas, la iniciativa abre una profunda brecha entre las exigencias asumidas internacionalmente y las plasmadas en el proyecto de ley.

En efecto, mientras los acuerdos internacionales abogan por la imposición de sanciones que disuadan de la comisión de ilícitos con fines comerciales, el proyecto penaliza todo uso con ánimo de lucro. Desde tal perspectiva, la iniciativa es doblemente excesiva: primero, porque renuncia a la posibilidad de lograr una adecuada prevención general a través de la imposición de responsabilidad civil; y, segundo, porque extiende la aplicación de penas no sólo a quienes incurren en infracciones con fines comerciales —objetivo, por lo demás, declarado como fundamento del propio proyecto—, sino que lo hace, en general, respecto a todos quienes se sirvan de tales obras con ánimo de lucro.<sup>4</sup> Este último punto merece ser profundizado.

Para la doctrina penal, seguida por la jurisprudencia de nuestros tribunales de justicia, la expresión “*ánimo de lucro*” no se restringe a aquella conducta que supone la satisfacción de fines de naturaleza comercial, sino que se extiende a toda aquella que suponga la obtención de un provecho, ventaja, satisfacción o beneficio de cualquier género, comprendiendo el uso mismo, en la especie, de la obra amparada por derechos de autor, sin que sea menester que el infractor se pretenda dueño de ella, con tal que sea susceptible de una apreciación económica. Más aún, los términos de que se sirve la ley hacen innecesario que el pretendido beneficio que mueve al agente se concrete, bastando que tal intención se tenga en vista por quien se sirve de la obra. Y, final-

mente, no es imprescindible que el ánimo de lucro se concrete en un beneficio para quien incurra en la conducta, ya que bien puede consistir en prestarle tal provecho a un tercero.<sup>5</sup>

Peor aun, como se ha mencionado precedentemente, el proyecto pretende la penalización inclusive de actos que carecen de ánimo de lucro, lo cual importará impedir usos razonables, no comerciales y de carácter personal, considerados legítimos en la mayoría de las legislaciones de Occidente, incluida, por cierto, la de Estados Unidos.

Una revisión de los efectos colaterales que podría significar la aprobación de la propuesta del Ejecutivo, a la luz de los derechos fundamentales implicados, evidenciará el desequilibrio que trasunta el excesivo celo de la protección penal que se pretende brindar a los titulares de derechos de autor, sin reparar en la adecuada protección de la comunidad, usuarios y consumidores.

### IV. LOS EFECTOS COLATERALES DE LA INICIATIVA

La decisión de incriminar la utilización no autorizada con “*ánimo de lucro*” —en vez de con “*fines comerciales*”—, así como “*sin ánimo de lucro*”, podría traducirse, a la postre, en una seria restricción a la innovación de los creadores nacionales y al desarrollo tecnológico nacional, junto con impedir el funcionamiento de un mercado competitivo, a la par de criminalizar prácticas que satisfacen fines socialmente relevantes, de naturaleza académica, cultural y/o de investigación, que no son sino concreción de derechos humanos reconocidos en diversos instrumentos internacionales habidos en la materia.

En los párrafos que siguen consideraremos cómo la ausencia de un sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, asociado a la insistencia en tipificar delitos en relación con la utilización no autorizada de las obras, amenaza el ejercicio de diversos derechos y libertades fundamentales.

<sup>5</sup> Cfr. CARRARA, Francesco, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella Regia Università di Pisa (1859)*, Programa de Derecho Criminal, Edit. Temis, Colombia, 1991, Tomo VI, pp. 39 – 43.

Entre nosotros, el parecer es compartido, con algunos matices, por DEL RÍO, Raimundo, “Derecho Penal”, Edit. Nascimento, (19-?), Tomo III, pp. 429 – 430; LABATUT, Gustavo, “Derecho Penal”, Edit. Jurídica, 6ª edic. 1977, Tomo II, pp. 216 – 217, e igualmente ETCHEBERRY, Alfredo, “Derecho Penal. Parte Especial”, Edit. Jurídica, 3ª edic., 1998, Tomo III, pp. 305 – 306.

En nuestra jurisprudencia, pueden consultarse, entre otros Corte de Apelaciones de Concepción, 19 julio 1943, Gaceta 1943, t. II, p. 406; Corte de Apelaciones de Chillán, 4 agosto 1952, RDJ, t. XLIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 236; Corte de Apelaciones de Santiago, 1952, RDJ, t. XLIX, 2ª parte, sec. 4ª, p. 110; Corte Suprema, 29 septiembre 1953, RDJ, t. L, 2ª parte, sec. 4ª, p. 188; Corte Marcial, 3 abril 1958, RDJ, t. LV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 116; Corte de Apelaciones de Santiago, 28 abril 1959, RDJ, t. LVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 79; Corte de Apelaciones de Santiago, 24 agosto 1959, RDJ, t. LVI, 2ª parte, sec. 4ª, p. 189; Corte Suprema, 13 agosto 1965, RDJ, t. LXII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 337; Corte de Apelaciones de Santiago, 7 julio 1967, RDJ, t. LXIV, 2ª parte, sec. 4ª, p. 178; Corte de Apelaciones de Santiago, 19 octubre 1970, RDJ, t. LXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 437; Corte de Apelaciones de Santiago, 17 abril 1984, Gaceta, 1984, t. 46, p. 99; Corte de Apelaciones de Santiago, 12 abril 1990, RDJ, t. LXXXVII, 2ª parte, sec. 4ª, p. 21.

<sup>4</sup> Cfr., v. gr., Capítulo XVII del Tratado de Libre Comercio Chile-USA, en su artículo 17.11 sobre observancia de los derechos de propiedad intelectual, cuyo número 22 relativo a procedimientos y recursos penales alude específicamente a “*fines de beneficio comercial*”, “*ganancia económica*” y “*escala comercial*”. Similares expresiones se observan en el numerando 23 del mismo artículo, referido a limitaciones de la responsabilidad de los proveedores de servicio.

### 1. El derecho a la educación y el acceso a la cultura

El derecho a la educación supone el acceso a la cultura y fuentes del conocimiento, en general. Cuando ellas se encuentran plasmadas en obras amparadas por derechos de autor, el legislador ha previsto excepciones que limitan o restringen tal derecho, cediendo ante tales fines; así, en nuestro intrincado y farragoso régimen jurídico, pueden mencionarse el derecho a cita y la excepción establecida para la comunicación o ejecución pública en establecimientos educacionales.<sup>6</sup>

Sin embargo, las excepciones y limitaciones al derecho de autor previstas en nuestro ordenamiento resultan en extremo restringidas; de tal suerte, una serie de prácticas cotidianas que suponen su ejercicio carecen de respaldo normativo, como acontece con una serie de servicios y elaboración de contenidos para el funcionamiento de bibliotecas, así como sistemas de educación popular, informal y de adultos.

La antigua data de nuestra legislación ha agravado las deficiencias de nuestro sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor, de modo que no permiten responder apropiadamente del empleo de obras tratándose de sistemas de educación a distancia o *e-learning*, así como la digitalización de obras para ser incluidas en *bibliotecas virtuales*. Todas hipótesis en que, por no existir autorización legal, caen de lleno en las figuras penales propuestas por la iniciativa presidencial.

Del mismo modo, el anacronismo de nuestras disposiciones no permite responder satisfactoriamente al ejercicio de ciertos derechos, como el de cita, cuando la obra referida corresponde a una filmación o grabación sonora y su empleo tiene lugar en la elaboración de una obra multimedia; en lo hechos, el desarrollo de medidas de protección tecnológica aplicadas en obras amparadas por el derecho de autor impide hacer uso de las menuda excepciones y limitaciones previstas en nuestra legislación, ya sea con fines educacionales u otros.

Igualmente, dado que no es requisito que el lucro importe un ingreso económico para el agente, sino que basta la circunstancia de significarle un provecho o beneficio, bajo las hipótesis delictivas propuestas quedarían cubiertas actividades calificadas de humanitarias y que suelen ser desarrolladas por asociaciones sin fines de lucro, tales como la grabación de lecturas de textos para su empleo por personas con discapacidad visual, la transcripción de ellos a sistema *Braille*, o el empleo de programas *text to speech* o *screen reader*, softwares que recorren la pantalla haciendo lectura de e-books, páginas web y textos digitales en general.

La ausencia de un razonable sistema de limitaciones y excepciones, sumado a la persistencia legislativa por imponer penas al empleo no autorizado de obras amparadas por derechos de autor, socava el acceso a la cultura y el derecho a la educación.

### 2. La libertad de expresión y el derecho a la información

Del mismo modo, una interpretación al límite de los términos de los tipos penales propuestos podrían alzarse en un impedimento para la creación cultural sobre la base de obras preexistentes, impidiendo, por ejemplo, la *mezcla* de producciones fonográficas (*remix*) o la adaptación de guiones cinematográficos o piezas teatrales. Dando, de paso, un impredecible golpe sobre expresiones culturales *underground* y/o expresiones culturales que confrontan o prescinden de los estándares sociales prevalecientes, y con ello a la libertad de expresión.

Otro tanto acontece con expresiones artísticas y culturales que se sirven de la parodia, ya que recurrir al remedo o caricaturización de obras amparadas por el derecho de autor, dada la ausencia de una excepción legal específica al efecto, debía estimarse constitutivo de ilícito, con la consiguiente aplicación de la correspondiente sanción penal; por supuesto, en menoscabo de la libertad de expresión.

Asimismo, los amplios términos sobre los cuales se define la utilización de las obras, siempre en una lectura rayana en el límite, permitirían penalizar la emisión de determinadas obras mediante formatos diversos a los autorizados por el titular de los derechos de autor. Así, por ejemplo, prácticas cotidianas como la lectura de titulares de prensa escrita por radio y televisión caerían en la ilegalidad, una vez más con merma de la libertad de expresión, así como el derecho a la información.

Nuevamente, el precario y anacrónico sistema de excepciones, sumado a la insistencia del proyecto en penalizar el uso no autorizado de obras amparadas por el derecho de autor, pone en peligro derechos y libertades fundamentales para las personas y el propio sistema democrático, como acontece con la libertad de expresión y derecho a la información.

### 3. El derecho de propiedad

Prácticas cotidianas de respaldo y uso personal no comercial de obras amparadas por el derecho de autor —como realizar copias de respaldo de discos de vinilo, cassette o compact disc en cintas— reciben reconocimiento en el derecho comparado; en cambio, en nuestra legislación, salvo un restrictivo uso privado y la admisión de copias de respaldo de software, tales excepciones al derecho de autor carecen de reconocimiento normativo.

El proyecto no enmienda tales déficits normativos, sino que, yendo aun más lejos, sanciona criminalmente conductas como las precedentemente descritas cuando se verifican por medios digitales, ya sea a través de las figuras que exigen ánimo de lucro, en el evento de extenderse este a cualquier provecho que pudiese suministrar a terceros las copias de respaldos realizadas por el legítimo adquirente de una obra, o, en su defecto, mediante el tipo penal que prescinde del ánimo de lucro, con la simple acreditación de un perjuicio preterintencional al titular de los derechos de autor sobre la obra.

Tal sería la hipótesis en que incurriría quien verifica la conversión de un track musical a formato mp3 que posteriormente circula en la red mediante sistemas de conexión *peer to peer* (P2P).

<sup>6</sup> Cfr. Artículos 38, 41 y 47 de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual; y, 6 del Reglamento de la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual, Decreto Supremo 1.122, de 17 de junio de 1971.

Desde tal perspectiva, el proyecto criminaliza el ejercicio de facultades inherentes al dominio por el legítimo adquirente de obras amparadas por derechos de autor, cuales son usar, gozar y disponer de ellas.

#### 4. El derecho a desarrollar actividades económicas

Los términos que el proyecto sugiere como redacción de la norma ocasionarían un efecto contraproducente, al penalizar, por ejemplo, el empleo de ingeniería inversa para el desarrollo de innovaciones por incremento en la empresa privada.

La ingeniería inversa tiene un amplio empleo como excepción a la propiedad industrial, y supone la descomposición de determinadas invenciones con miras a obtener una mejor comprensión de las mismas y, posteriormente, desarrollar nuevas invenciones mediante incremento, esto es, mejoras en la creación; ello ha permitido que las empresas desarrollen mecanismos y/o aplicaciones compatibles (o universales), tales como sistemas de control remoto, cartridge de impresión reciclados, etc.

Entre nosotros, su uso parece restringido, tratándose de derechos de autor, a la empresa del software, antes que a las obras resultantes de la actividad artística, literaria o cultural; en efecto, recurriendo a la descomposición y comprensión del software desarrollado por terceros, esto es, pasando del programa objeto al código fuente, generar y/o desarrollar nuevas aplicaciones informáticas por incremento.

La ausencia de una cláusula de excepción respecto del desarrollo de ingeniería inversa en relación con los derechos de autor, sumado a la incriminación de la utilización carente de autorización de la obra, socavaría el potencial de los creadores nacionales, poniendo en la ilicitud a aquella industria del software nacional que desarrolla aplicaciones que supongan tal proceso de aprendizaje respecto de los sistemas operativos sobre los cuales funciona.

Igualmente, la ausencia de una excepción específica asociada a la ingeniería inversa, impediría determinadas actividades académicas en ciencias de la computación y aun la verificación de peritajes destinados a establecer la infracción de derechos de autor en relación con el desarrollo de software.

#### 5. El derecho a la igualdad ante la ley y persecución penal

Como si cuanto se ha manifestado resultara nimio, cabe agregar que la insistencia del Ejecutivo en la tipificación y sanción penal de conductas carentes de connotación comercial, denotan un despropósito legislativo.

En efecto, mientras, de un lado, se alienta una reforma procesal penal que racionaliza el uso de recursos públicos en el sector justicia y descongestiona el quehacer judicial, por otro lado, a través de iniciativas como la contenida en la propuesta, ocasiona una regresión en el gasto público, desde que, a la postre, los costos asociados a la persecución penal en último término se destinarán a la satisfacción de los pretendidos derechos menoscabados a los titulares de derechos de autor.

En consecuencia, de prosperar la iniciativa del Ejecutivo, empresas titulares de derechos de autor, tales como las productoras de fonogramas y software, gozarán de un verdadero subsidio para el desarrollo de sus actividades económicas; distorsionando el gasto público en el sector justicia y, de paso, cuestionando la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos por todas las personas.

#### V. CONCLUSIÓN

Cuanto se ha consignado respecto del mensaje presidencial en examen, así como los efectos que podría ocasionar, permiten concluir que el proyecto excede las exigencias internacionales y los propios objetivos declarados en él, al incriminar conductas carentes de fines comerciales, por el sólo hecho de mediar ánimo de lucro en ellas, y aun imponer penas a actos en los cuales ni siquiera concurre tal ánimo.

La aprobación del proyecto en los términos propuestos por el Ejecutivo pone en riesgo diversas garantías fundamentales, entre los cuales cabe consignar:

- El derecho a la educación y el acceso a la cultura, al poner frenos para la actividad docente y de investigación.
- La libertad de expresión, al impedir determinadas expresiones culturales y el empleo de determinadas fuentes de información;
- El derecho a desarrollar actividades económicas, al imponer serias restricciones a la innovación de los creadores nacionales y al desarrollo tecnológico nacional;
- El derecho de propiedad, al criminalizar el ejercicio de facultades inherentes al dominio por el legítimo adquirente de obras amparadas por derechos de autor.
- El derecho a la igualdad ante la ley, al tipificar conductas cuya persecución penal distorsiona las políticas públicas por lo concerniente al gasto en el sector justicia; en los hechos, subvencionando una determinada actividad económica en menoscabo de otras.

La revisión precedente permite sostener que la iniciativa legislativa no realiza un adecuado equilibrio entre los intereses de creadores, titulares de los derechos de autor y el interés social —particularmente de usuarios y consumidores— respecto del empleo de sus obras, ni contribuye a fortalecer o promover el desarrollo de la creación y producción locales.

Por consiguiente, antes de proceder a la incriminación de nuevas conductas, parece del caso requerir del legislativo una delicada reflexión en torno a las legítimas limitaciones a que se debían encontrar afectos los derechos de propiedad intelectual en general, y, en el caso de la iniciativa presente, los derechos de autor, antes de proseguir la tramitación parlamentaria.

En tal contexto, nos parece que el proyecto amerita, en lo inmediato, las siguientes indicaciones:

1. Reemplazar en el artículo 79 y 80 las voces “ánimo de lucro” por “fines comerciales”; y,
2. Eliminar el artículo 81 A del proyecto, que sanciona la utilización “sin ánimo de lucro” hasta en tanto se carezca de un adecuado sistema de excepciones y limitaciones a los derechos de autor.

El proyecto legislativo es razonable en cuanto pretende incrementar la seguridad que brinda a los titulares de derechos de autor sobre sus obras, pero carece de equilibrio al conjugar los intereses concurrentes de los creadores, los titulares de derechos de autor y los usuarios y consumidores, ya que sus términos menoscaban el ejercicio de diversos derechos y libertades fundamentales para una sociedad democrática.