



UNIVERSIDAD DE CHILE

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DERIVADA DE LA
INFRACCIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y
DERECHOS CONEXOS POR INTERCAMBIO DE OBRAS PROTEGIDAS
MEDIANTE PROGRAMAS Y REDES PEER TO PEER**

Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FERDINAND SCHNETTLER CHÁVEZ

Profesor guía: Daniel Álvarez Valenzuela

SANTIAGO DE CHILE

2015

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo determinar si bajo la óptica del derecho nacional, la actividad de intercambio de archivos que contienen obras protegidas mediante redes y programas *peer to peer* es una actividad que infringe el derecho de autor y los derechos conexos; y si dicha actividad infractora puede ser sancionada civilmente con el deber de reparar los daños ocasionados. Igualmente se busca determinar lo mismo respecto de quienes crean, facilitan y explotan económicamente este tipo de programas, y que en este trabajo se denominarán bajo el concepto de operadores de programas P2P.

Para esto, en primer lugar, se define qué es un programa y red *peer to peer* (más conocida como P2P), haciendo paralelamente una clasificación entre los distintos tipos de programas y redes P2P que existen. De igual forma, se hace referencia a cómo se desarrolla el proceso de intercambio de archivos.

En segundo lugar, se ilustran diversos estudios estadísticos que dicen relación con el empleo de este tipo de tecnología. Esto permitirá, seguidamente, plantear el problema legal que existe tras el uso ilícito de dicha tecnología en el área del derecho de autor y los derechos conexos, y las repercusiones que trae aparejado.

Posteriormente, se analizan diversos fallos de la jurisprudencia extranjera que han tratado el tema objeto de este trabajo, a fin de extraer sus principales razonamientos y conclusiones, y ver si, de alguna u otra forma, son aplicables en el derecho nacional.

Finalmente, el trabajo se dedica a abordar cómo opera la responsabilidad extracontractual por infracción al derecho de autor. Hecho esto, se entra de lleno en el análisis de la conducta de los sujetos que utilizan este tipo de tecnología P2P y de quienes la facilitan y la explotan económicamente, a fin de determinar si la conducta de cada uno de ellos infringe los derechos de autor y derechos conexos; y si a la vez es sancionable civilmente, lo que ocurrirá en determinadas ocasiones. Este trabajo concluye con diversas propuestas que buscan solucionar el problema planteado.

En el desarrollo de este trabajo se ha empleado doctrina, jurisprudencia y legislación extranjera, principalmente de los Estados Unidos, España y Australia.

ÍNDICE

RESUMEN	2
ÍNDICE	3
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: LAS REDES Y PROGRAMAS PEER TO PEER O P2P	11
1. ¿Qué son las redes y programas P2P?	11
2. Clasificación de las redes p2p	16
A) Redes centralizadas.....	16
B) Redes semi centralizadas o mixtas	19
C) Redes descentralizadas	21
3. Intercambio y descarga de archivos propiamente tal	22
CAPÍTULO II: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	26
1. Datos estadísticos sobre el uso de programas P2P	26
2. Problemática jurídica que gira en torno al uso indebido de programas P2P	30
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EXTRANJERA	36
1. Universal City Studios, inc. v. Sony Corp. of Amer.....	37
2. A&M Records inc. et al. vs. Napster inc.	41
A) Funcionamiento de <i>Napster</i>	41
B) Demanda contra el operador de <i>Napster</i> y razonamiento del tribunal de primera instancia	41
C) Apelación a la sentencia del tribunal de distrito	53
3. Metro-Goldwyn-Mayer Studios inc. et al. vs Grokster Ltd. et. al.	56
A) Funcionamiento de Grokster y StramCast.	56
B) Demanda contra <i>Grokster</i> y <i>StreamCast</i> y razonamiento de los tribunales de primera y segunda instancia.....	57
C) Decisión de la Corte Suprema	62

4.	Universal Music Australia Pty Ltd. & ors v. Sharman License Holding Ltd. & ors.....	66
5.	Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) con elrincondejesus.com.....	71
	A) Sentencia de primera instancia.....	72
	B) Sentencia de la Audiencia Provincial	75
6.	COMENTARIOS FINALES REFERIDOS A LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA	78
CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE AUTOR CHILENO		82
1.	Consideraciones previas: El derecho de autor y el bien jurídico protegido en el ordenamiento jurídico nacional.....	82
2.	Supuestos necesarios para la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios por infracción a los derechos de autor y conexos.	86
	A) Culpa o dolo	89
	B) La obra no debe haber caído en dominio público o no haya expirado el plazo de protección de los derechos conexos.....	92
	C) El daño.....	95
CAPITULO V: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS USUARIOS DERIVADA DE LA INFRACCIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y CONEXOS POR INTERCAMBIO DE OBRAS PROTEGIDAS MEDIANTE PROGRAMAS Y REDES P2P EN EL DERECHO CHILENO .		104
1.	Conducta de los usuarios	105
2.	Debe existir una infracción al derecho de autor y derechos conexos por parte de los usuarios; la conducta debe atentar contra una obra protegida y debe afectar derechos patrimoniales o morales de autor	107
	A) Usuarios que comparten archivos	108
	B) Usuarios que descargan archivos.....	114
3.	La obra no debe haber caído en dominio público o no o no debe expirado el plazo de protección de los derechos conexos.....	119
4.	La conducta no debe estar amparada por alguna excepción o limitación al derecho de autor.....	120
5.	El daño y la causalidad	122
	A) Constatación del daño producto de la infracción	124
	B) Evaluación del daño	137
6.	El problema de la determinación de los responsables	153

CAPITULO VI: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LOS TITULARES Y OPERADORES DE PROGRAMAS P2P POR EL HECHO DE FACILITAR UNA TECNOLOGÍA APTA PARA INFRINGIR EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS	159
1. Consideraciones previas	159
2. Conducta de los operadores de programas P2P	169
3. Posible infracción al derecho de autor y derechos conexos por parte de los operadores de programas P2P	171
A) Estándar de cuidado exigible al operador del programa entendido como una hipótesis de puerto seguro.....	171
B) Participación de los operadores de programas en la infracción de los usuarios.....	179
4. La conducta debe atentar contra una obra protegida por el derecho de autor o un derecho conexo; debe afectar derechos patrimoniales o morales de autor; la obra no debe haber caído en dominio público o no o no debe expirado el plazo de protección de los derechos conexos; y la conducta no debe estar amparada por alguna excepción o limitación al derecho de autor.....	214
5. El daño ocasionado por los operadores de programas P2P	215
6. La relación de causalidad entre la conducta infractora de los operadores de programas P2P y el daño cometido.	221
7. Solidaridad de la responsabilidad	224
CAPITULO VII: SOLUCIONES A LA PROBLEMÁTICA QUE GIRA EN TORNO AL USO INDEBIDO DEL P2P	225
1. Intercambio mediante P2P como actividad sujeta a una remuneración compensatoria 226	
2. Intercambio mediante P2P como actividad sujeta a una licencia	228
3. Establecer sanciones efectivas y disuasivas en contra de los usuarios	229
4. Nuevos modelos de negocio	230
CONCLUSIONES.....	233
BIBLIOGRAFÍA	244

INTRODUCCIÓN

Más que sabido es que Internet trae nuevos desafíos en lo que respecta al cumplimiento de las normativas de propiedad intelectual; normativas que en nuestro derecho corresponden al derecho de autor (regulado en la ley 17.336 de propiedad intelectual) y la propiedad industrial (regulado en la ley 19.039 de propiedad industrial). La aparición de Internet ha facilitado en demasía la apropiación indebida de la propiedad inmaterial, lo que ha hecho que los titulares de derechos respecto de la misma se vean afectados en sus intereses. Por otro lado, los usuarios de Internet consideran que en la Red todo debiese ser accesible, y que las grandes empresas sólo buscan lucrar a toda costa. Ésta discusión ya es clásica y no merece mayores comentarios por ahora.

Uno de los inventos más innovadores en lo que respecta al intercambio masivo de información en Internet son los programas y redes *peer to peer*, o más conocidos como P2P. Dichos programas permiten que los usuarios compartan y descarguen archivos (también denominados ficheros), los cuales muchas veces contienen material protegido por la propiedad intelectual. El problema no es menor, pues usuarios de Internet ubicados en todo el mundo utilizan estos programas día a día infringiendo la propiedad intelectual.

El presente trabajo sólo tendrá como fin analizar el intercambio de archivos mediante estos programas y redes desde la perspectiva del derecho de autor, dejando de lado lo referido a la propiedad industrial. Para esto, se asume que los internautas intercambian obras que generalmente están protegidas por el derecho de autor y los

derechos conexos, lo que podría traer consecuencias de índole civil y penal para los mismos.

Para que pueda efectuarse el intercambio de archivos que contienen obras, se requiere de una serie de actores que participen en dicho proceso de intercambio. En efecto, en primer lugar se requiere de una comunicación entre un usuario que comparte el archivo y otro que lo descarga mediante el programa y la red P2P. Pero para que ello ocurra, es necesaria la presencia de un sujeto que facilite un programa P2P a los usuarios, permitiéndoles que se conecten a la red P2P. Finalmente, el sujeto que facilita el programa P2P necesita de un proveedor de acceso a Internet, quien permitirá el funcionamiento del programa mismo en Internet.

Eventualmente, puede requerirse de un proveedor de servicios de alojamientos de datos, pues algunos programas P2P utilizan determinados archivos almacenados en páginas de Internet que contienen información que direcciona la descarga a la red P2P, como por ejemplo los *torrents*, que en definitiva son verdaderos *links*. Aun así, esta última situación no ocurre siempre.

Así, en caso de existir infracción, todos estos sujetos participan en la misma, unos más directamente que otros. De ahí que, el presente trabajo se centrará sólo en los usuarios del programa que intercambian información, así como en quienes facilitan dicho programa para los primeros. Este trabajo tendrá como objetivo responder la interrogante sobre la posible infracción al derecho de autor y derechos conexos en que pueden incurrir estos sujetos con su conducta; y las eventuales sanciones civiles asociadas a dichas

infracciones desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual exclusivamente, dejando de lado la sede penal de la infracción.

Con el fin de lograr una respuesta satisfactoria a dicha interrogante, el presente trabajo se desarrollará de la siguiente manera:

En el capítulo I se buscará definir qué es un programa y una red P2P, de manera que el lector tenga una noción sobre un concepto que más que jurídico, es informático. En esta parte se caracterizará aquella tecnología, haciendo una clasificación entre los tipos de redes P2P que existen y sus principales características.

En el capítulo II se tratará de identificar el problema jurídico que existe tras el uso indebido de este tipo de programas y redes. Para ello, en primer lugar, se expondrán distintos estudios estadísticos sobre el fenómeno P2P, tanto en lo que respecta a la cantidad de individuos que utilizan estos programas como a la cantidad y tipo de datos que son intercambiados. Esto permitirá al lector tener una visión más amplia del asunto, de ahí que seguidamente se expondrá la problemática jurídica que existe en torno a esta tecnología.

Pero para que el lector logre entender de mejor manera cómo este problema ha sido tratado con anterioridad, en el capítulo III se estudiarán diversas sentencias de la jurisprudencia extranjera. Se verá que dichas sentencias aplican distintos criterios para llegar a una solución que es considerada adecuada, llegando incluso algunas a ser contradictorias con otras.

Dado que el fin del presente trabajo es determinar si la conducta infractora de los sujetos antes individualizados es reprochable acorde a las reglas de responsabilidad extracontractual nacional, en el capítulo IV se esbozará cómo opera dicha responsabilidad producto de la infracción al derecho de autor y derechos conexos. En primer lugar, se identificará el bien jurídico protegido por la legislación nacional en esta área. En segundo lugar, se analizarán los elementos que integran la responsabilidad extracontractual por infracción al derecho de autor, haciendo especial énfasis a los elementos de la culpa y el daño.

Analizado aquello, en el capítulo V se estudiará todo lo referido a la eventual infracción al derecho de autor y los derechos conexos por parte de los sujetos que intercambian, esto es, que comparten y descargan mediante programas y redes P2P archivos que contienen obras protegidas. De igual forma, se buscará determinar si en caso de existir infracción, efectivamente se cumplen todos los requisitos para que aquella sea sancionable civilmente con el deber de indemnizar al demandante.

En el capítulo VI se estudiará si la conducta de quien facilita el programa P2P (sea persona natural o jurídica) puede ser catalogada como una conducta infractora. Cabe adelantar que estos individuos actúan como intermediarios, pues permiten o posibilitan que los usuarios de los programas cometan las eventuales infracciones. Por otro lado, igualmente se verá si en caso de ser reprochable su conducta, ésta es sancionable civilmente.

Finalmente, en el capítulo VII se expondrán algunas soluciones a la problemática que gira en torno al uso indebido e infractor de los programas P2P, pues se entiende que tal uso indebido trae aparejadas pérdidas millonarias a los titulares de derechos de autor y derechos conexos.

CAPÍTULO I: LAS REDES Y PROGRAMAS PEER TO PEER O P2P

1. ¿Qué son las redes y programas P2P?

Las redes *peer to peer*, o más conocidas como redes P2P, son una de las tecnologías más relevantes y populares en lo que respecta a la difusión masiva de archivos en internet¹. Tales archivos pueden contener obras protegidas por el derecho de autor como a aquellas que no lo están, o incluso información que no es catalogable como obra.²

El concepto *peer to peer* significa en castellano “de igual a igual” o “de par a par”. En términos generales, se ha definido una red P2P como “una tecnología que permite que dos o más usuarios de Internet colaboren simultáneamente en una red de iguales, sin necesidad de coordinación central”.³ En la misma línea, se ha señalado que “la tecnología P2P se puede definir como una red compuesta de nodos que hacen las veces de clientes y servidores de otros nodos. Cuando un cliente entra al sistema hace una conexión directa

¹ En el derecho comparado se emplea la acepción de fichero, que es sinónimo de archivo, en cual corresponde a un conjunto de *bytes* almacenados o almacenables en un dispositivo.

² Una aclaración previa se debe realizar antes de continuar con el desarrollo del presente trabajo. Como dice Ignacio Garrote, los archivos son el *corpus mechanicum* que contiene la obra, esto es, son el soporte propiamente tal de la obra y no la obra misma. Existen diversos tipos de archivos en función al contenido de los mismos. Por ejemplo, si se descarga uno que contiene una obra musical, lo más probable es que el mismo lo sea del formato MP3, y que permite reducir el tamaño o “peso” de una canción (GARROTE, I. 2005. La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual. Granada. Editorial Comares. 327p, p. 256.).

³ CAREY CLARO, G. y RODRÍGUEZ BURR, M. 2005. Sistemas de transferencia de música por redes P2P. Revista chilena de derecho informático(6):43-60, p. 44.

a uno de ellos, convirtiéndose en otro nodo de la red, lo cual le proporciona la capacidad de recolectar y almacenar la información y el contenido disponible para compartir”.⁴

Para estos efectos, se entiende que nodo es, en términos generales, “un punto de intersección o unión de varios elementos que confluyen en el mismo lugar”.⁵ La palabra nodo en el área de la informática se refiere “a cada uno de los espacios reales o abstractos en el cual se confluyen las conexiones de otros espacios, compartiendo sus mismas características y siendo también un Nodo, teniendo una relación entre sí y conformando entonces lo que conocemos como Red. Es por ello que a veces notamos que el término de Red es definido bajo el concepto de Conjunto de Nodos interconectados, siendo entonces éste un punto en el cual una conexión puede realizar una intersección sobre sí misma, estableciendo una especie de enlace”.⁶

Los conceptos antes ilustrados pueden parecer complejos, pero de aquellos se puede destacar el aspecto fundamental de las redes y programas P2P, el cual se refiere a que a través de éstos, son los propios usuarios de Internet interactúan entre sí (entre par a par) intercambiando archivos, no descargándolos desde un servidor central que contiene información almacenada, como lo vendría a ser una página *web* por ejemplo. Así, los programas P2P utilizan de manera propia y eficiente la red de Internet, donde la red P2P surge y se erige sobre la primera, no siendo distinta de aquella.

⁴ LEÓN, E. y VARELA, E. 2009. Antinomia entre la protección a los autores y derecho a la privacidad por la batalla legal contra las tecnologías P2P. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas 39(111):203-225, p. 208.

⁵ ECURED. Nodo. 2012. [en línea] <http://www.ecured.cu/index.php/Nodo> [consulta: 03 noviembre 2014]

⁶ MASTERMAGAZINE. Definición de nodo. 2012. [en línea] <http://www.mastermagazine.info/termino/6103.php#ixzz2AR8hmH3u>. [consulta: 03 septiembre 2012].

En cuanto al funcionamiento de esta tecnología, la red P2P requiere de un programa o *software* que faculte al usuario de Internet el acceso a la misma. En otras palabras, para que este usuario pueda compartir y descargar archivos mediante este tipo de redes, es necesario que, en primer lugar, instale en su ordenador un programa P2P que le permita generar la conexión a la red. Para ello, el usuario deberá descargar el programa directamente desde una página de Internet, o realizar una copia de aquel desde una unidad de almacenamiento (ya sea un disco duro o un *pendrive* por ejemplo), para luego instalarlo en su ordenador y ejecutarlo.

Realizado lo anterior, el usuario que pretenda descargar información deberá buscar los archivos que desee descargar y que deberán estar siendo compartidos en ese momento por otros usuarios del programa P2P que estén conectados a la red (desde ahora se utilizará el concepto usuario para referirse a los usuarios de programas P2P). El proceso de búsqueda de los archivos dependerá del tipo de programa P2P que se utilice: *Napster*, por ejemplo, programa pionero en lo que respecta a las redes P2P, tenía una barra de búsqueda donde el usuario introducía el nombre del archivo que deseaba descargar (por ejemplo, la canción *I disappear* de *Metallica*, en formato mp3).

Un caso similar ocurre actualmente con el programa *Ares*, que de igual forma, presenta una barra de búsqueda donde el usuario ingresa los datos referidos al archivo respectivo (como por ejemplo: nombre, tipo y peso). Programas más modernos como *BitTorrent* o *Bit Comet* utilizan determinados protocolos⁷ especiales de búsqueda, puesto

⁷ Siguiendo a Pedro Letai, un protocolo de red P2P es una convención estándar que controla o hace posible la conexión, la comunicación y la transferencia de datos entre dos terminales. El protocolo se compone de

que funcionan en base a *links* que son descargados directamente desde una página de Internet, y que al ser ejecutados direccionan la descarga a la red P2P. Una vez localizado el archivo deseado, el programa extrae la información del disco duro de los usuarios que actualmente se encuentran compartiendo dicho archivo, creándose así un duplicado perfecto del mismo.

Por otro lado, si un usuario desea compartir archivos al resto de usuarios, lo normal es que deba introducirlos en una carpeta especial de intercambio que todos los programas tienen. El hecho de introducir archivos en esta carpeta automáticamente hace que éstos estén disponibles al público para su descarga. Es así como el proceso de intercambio funciona de la manera descrita, donde lo normal es que los usuarios compartan y descarguen información paralelamente.

Ahora bien, el programa P2P cumple un rol indispensable en lo que es el proceso de intercambio de archivos a través de Internet. Para que los usuarios puedan intercambiar la información que desean, se requiere de un enlace permanente y estable que lo permita. Los computadores de los usuarios de redes P2P funcionan sin tener una dirección IP⁸ fija, por lo que les resultaría imposible lograr un vínculo estable si constantemente la dirección IP varía. La función del programa P2P consiste entonces en permitir que se mantenga

una serie de reglas que rigen la sintaxis, semántica y sincronización de la comunicación. (LETAI, P. 2012. *Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*, 2012). Tesis doctoral. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. 487p., p. 137.)

⁸ Acorde a Ignacio Garrote, la dirección IP es un código numérico que identifica necesariamente a toda máquina que intercambia (envía o recibe) información en Internet por medio del protocolo TCP/IP. De este modo cada ordenador tiene una IP singular que permite la eficiente distribución de los datos (es la “dirección” a la que tienen que remitirse los paquetes de datos. (GARROTE, Ignacio, *Op. Cit.*, p. 271.)

constante la dirección IP de los ordenadores, logrando de esta manera el vínculo necesario para compartir y descargar archivos.

Uno de aspectos destacables y propios de los programas y redes P2P tiene que ver con la participación activa de los usuarios. Mientras mayor sea la cantidad de usuarios conectados a la misma red P2P, mayor será la información compartida que circule y esté disponible para su descarga, llegando a conformarse las denominadas “*ciber comunidades*”. Por otro lado, al ser los usuarios quienes intercambian los archivos, los costos están repartidos entre ellos debido a que se comparte a cambio de algo (por eso se habla de intercambio), y así las reglas las crean los mismos usuarios. Debido a que estas características no son propias en la descarga directa, no resulta absurdo creer que el intercambio de archivos mediante redes P2P es más popular que la descarga directa desde un servidor de Internet.

En cuanto a los aspectos técnicos y que son comunes a todo tipo de redes y programas P2P, Guillermo Carey y Matías Rodríguez⁹ han señalado al menos cuatro, a saber:

1. Se caracterizan por ser una red que funciona sin la necesidad de un servidor central.
2. Son una red de relaciones entre iguales, donde un usuario puede ser cliente y servidor a la vez, terminando así con el paradigma de la relación usuario-servidor.
3. Sirven eminentemente para la búsqueda y transferencia de archivos.

⁹ CAREY CLARO, G. y RODRÍGUEZ BURR, M. *Op. Cit.*, p.44.

4. No requiere de un *browser*, ya que ocupa su propia interfase (el destacado es propio).

2. Clasificación de las redes p2p

En la actualidad existen tres tipos de redes P2P, las cuales se diferencian por su infraestructura, a saber: redes centralizadas, redes semi centralizadas o mixtas y redes descentralizadas. Este tipo de redes son compatibles con programas P2P específicos. Así por ejemplo, *Napster* lo era con una red centralizada; y *KaZaA* (desde ahora *Kazaa*) con una semi centralizada.

A) Redes centralizadas

Se han definido las redes P2P centralizadas como aquellas en que “existe un servidor central que administra la red y distribuye su contenido por medio de las interconexiones e intercambios de archivos recibidos y dirigidos a una multiplicidad de computadores conectados en todo el mundo”.¹⁰ También se les denomina redes de primera generación, pues fueron las primeras en ser creadas.

¹⁰ RÍOS RUIZ, W. 2008. Ciberpiratería - Sistemas peer to peer (p2p). Análisis de las sentencias en los casos Napster, Grokster, Morpheus, Streamcast y Kaza. Zer – Revista Universidad Externado de Colombia (12):59-86, p. 78.

En estas redes la transferencia de los archivos se hace a través de un único servidor, que a su vez sirve de punto de enlace entre dos nodos, y que a la vez almacena y distribuye los nodos donde se almacenan los contenidos. El servidor central contiene cierta información que es vital para el funcionamiento del programa, pero no alberga archivo alguno, a diferencia de lo que ocurre en la descarga directa de contenidos. Por lo mismo, el cierre del servidor central implicaría el colapso de la red y el cese de las descargas.

Por estas razones, técnicamente estas redes no serían de naturaleza P2P pura, pues el servidor central no es propio de esta tecnología, teniendo en cuenta las definiciones de red P2P antes mencionadas. Aun así, el intercambio de información se realiza entre los mismos usuarios.

El elemento distintivo de las redes P2P centralizadas se refiere a su infraestructura y funcionamiento, donde “el servidor funciona de forma similar a un motor de búsqueda o buscador de Internet (Google, Yahoo, AskJeeves, etc.) en la medida que mantiene en tiempo real un registro de todos los archivos intercambiados y gestiona todas las peticiones del cliente (el servidor no almacena archivos, sino que sólo recoge datos básicos como el título, peso y tiempo de descarga, así como el equipo en el que se encuentran almacenadas las canciones). El servidor devuelve a un usuario/navegante/consumidor un conjunto de potenciales coincidencias para cada búsqueda, tras lo cual puede iniciar la transferencia directamente desde el ordenador

personal en el que se almacena (el servidor no juega ningún papel en la transferencia de archivos)”.¹¹

Como se señaló, un ejemplo de red P2P centralizada era la utilizada por *Napster*. Los usuarios que utilizaban *Napster* debían primeramente instalar el programa de intercambio *MusicShare*. Hecho esto, los usuarios debían conectarse al servidor utilizando un nombre de usuario y una contraseña personal (*username* y *password*). Habiéndose conectado a la red P2P, *Napster* verificaba los archivos disponibles para ser compartidos y que materialmente se encontraban en los discos duros de los usuarios, siendo esa información almacenada en el servidor de *Napster*. Cuando otro usuario se conectaba y buscaba un determinado archivo, el programa arrojaba una lista de todos los usuarios que compartían en ese momento el archivo deseado, posibilitando así la conexión y la posterior descarga.

Estos programas de red centralizada fueron criticados por el hecho de establecer la conexión entre dos usuarios y no entre uno y múltiples usuarios que comparten fragmentos de un archivo, como ocurre actualmente con los programas y redes modernos, lo que en definitiva se traducía en una mayor lentitud de la descarga. Por otro lado, cuando el usuario que compartía el archivo se desconectaba, la descarga se detenía y había que comenzar de nuevo con ésta, lo que se traducía en la imposibilidad muchas veces de conseguir el archivo.¹² Por estos motivos, y principalmente por la problemática legal

¹¹ SANDULI, F. y BARBERO, S. 2005. El usuario y el proveedor digital: el “reparto musical” en las redes P2P. *Zer – Revista de Estudios de Comunicación* 10(18):105-121, p. 108.

¹² Aunque también estas críticas aplicables a algunos programas de red semi centralizada y descentralizada, sin duda es un problema patente de los programas de red centralizada.

originada en torno a su uso indebido, los programas de redes P2P centralizadas fueron perdiendo popularidad con el paso del tiempo.

B) Redes semi centralizadas o mixtas

Son aquellas en que “un conjunto reducido de nodos se definen como super nodos.¹³ Éstos actúan como si fueran servidores centrales. Los equipos restantes se conectan a un super nodo. Los super nodos actúan como servidores centrales en tanto en cuanto mantienen índices de los archivos compartidos por los equipos de su entorno y gestionan todas las solicitudes de búsqueda. Cada super nodo está unido al mismo tiempo a un subconjunto formado por otros super nodos, redirigiendo también las solicitudes de búsqueda de sus equipos cliente a los otros super nodos. La transferencia de archivos se gestiona una vez más, directamente entre el usuario y el equipo que almacena el archivo”.¹⁴ También se les denomina redes de tercera generación a este tipo de redes.

Guillermo Carey y Matías Rodríguez señalan que “estas redes funcionan a través de un sistema de super-nodos y nodos. Los super-nodos son computadores conectados a la red, que tienen mayor capacidad de conexión que los otros nodos conectados. La función super-nodo es esporádica, pudiendo un computador funcionar en ocasiones como

¹³ Super nodos, super-nodos o supernodos es un término asignado a aquellos usuarios que disponen de mayor velocidad de conexión.

¹⁴ SANDULI, F. y BARBERO, S. *Op. Cit.*, p.108 (se han eliminado las comillas).

super-nodo y en otras ocasiones no, dependiendo de la capacidad de conexión de ese momento”.¹⁵

Un ejemplo de red P2P semi centralizada es el protocolo de red P2P *Fasttrack*, y su funcionamiento puede ser explicado del siguiente modo, como bien explican los autores antes citados¹⁶:

- a) En un primer paso, un nodo (X) se conecta a la red P2P mediante un “*rootsuper-node*” que lo conecta, a su vez, con un super-nodo activo (Y), quien recibe las solicitudes de X.
- b) Posteriormente, Y tiene una lista de todos los archivos que sus nodos dependientes ponen a disposición de la red (*uploads*). De no encontrar el archivo solicitado por X en esta lista, reenvía su solicitud a otros super-nodos activos para que busquen en su lista de *uploads*, hasta que encuentre un nodo con el archivo solicitado por X (Z).
- c) Finalmente, se realiza una conexión directa P2P entre X y Z, para copiar el archivo (los destacados son propios).

Como se apreció, un aspecto relevante y que diferencia a este tipo de red de las centralizadas, es que las redes P2P semi centralizadas aprovechan el sistema de super nodos para sacar mayor provecho al bando de ancha de cada usuario, logrando que las búsquedas sean más rápidas, al igual que las descargas.

¹⁵ CAREY CLARO, G. y RODRÍGUEZ BURR, M. *Op. Cit.*, p. 46.

¹⁶ *Ibid.*, p. 47.

C) Redes descentralizadas

Son aquellas en que “no existen servidores centrales y cada ordenador personal actúa como si fuera un nodo o par, el cual se encuentra conectado a un pequeño número de otros equipos nodos”.¹⁷ También se les denomina redes de segunda generación.

El funcionamiento de estas redes se caracteriza porque “un conjunto de interconexiones unen cada par de nodos. Una solicitud de búsqueda de un usuario se envía a los nodos más cercanos, que a su vez la propagan a sus nodos más próximos (la solicitud finaliza después de un determinado número de “saltos”). Los resultados de la búsqueda son enviados a través de los nodos intermediarios, mientras que la transferencia directamente entre el usuario / navegante/ consumidor y el ordenador personal que almacena el archivo de la misma forma que en las redes P2P centralizadas”.¹⁸

Se destacan por ser “las más versátiles ya que no necesitan de una gestión central, lo cual les permite prescindir de un servidor central, por lo que los mismo usuarios se erigen como nodos de las conexiones y los encargados de almacenar esa información. Es decir, todas las comunicaciones son directamente de usuario a usuario con la colaboración de un nodo (que es a su vez otro usuario) que permite establecer esas comunicaciones”.¹⁹

¹⁷ SANDULI, F. y BARBERO, S. *Op. Cit.*, p. 109.

¹⁸ *Ibid.* p. 109.

¹⁹ CALDEVILLA, D. 2009. Las redes P2P y las radios 2.0: un proyecto de red social con un marco ético. Revista científica electrónica de Educación y Comunicación en la Sociedad del Conocimiento (8):1-28, p. 11.

Entre las características de este tipo de red, cabe mencionar las siguientes, que como se verá, tienen diversas implicancias jurídicas:

- a) Los usuarios actúan simultáneamente como cliente y como servidor.
- b) No hay un servidor central que gestione las conexiones de los usuarios, diferenciándose de los dos sistemas antes vistos.
- c) No hay un enrutador central que sirva como nodo y administre direcciones.

Un tipo de red P2P descentralizada es el protocolo Gnutella, cuyo funcionamiento es descrito por Guillermo Carey y Matías Rodríguez²⁰ en los siguientes pasos:

- a) Un nodo X solicita un archivo a otro nodo Y que se encuentra conectado a la red. De tener información, establecen una conexión P2P para que X copie el archivo directamente al disco duro de Y.
- b) Si el archivo no lo posee el usuario a quien se le destinó la solicitud, el mismo redirige la solicitud a otros nodos conectados y así sucesivamente.
- c) Una vez que la solicitud llega al nodo que contiene el archivo que se pretende descargar (Z), éste responde al nodo que le ha enviado la solicitud, realizándose un contacto entre ambos nodos, estableciéndose una conexión directa de carácter P2P, donde se copia el archivo y el usuario que lo solicitó puede descargarlo.

3. Intercambio y descarga de archivos propiamente tal

²⁰ CAREY CLARO, G. y RODRÍGUEZ BURR, M. *Op. Cit.*, p.47.

Se ha señalado que en las redes P2P son los propios usuarios quienes intercambian los archivos, por lo que la descarga tiene como fuente el ordenador de los usuarios que comparten, a diferencia de la descarga directa.

En un principio, el intercambio de archivos se realizaba entre dos usuarios, donde uno de ellos compartía y el otro descargaba, siendo una relación propiamente bilateral la que caracterizaba la comunicación. El hecho que un usuario solamente sea el que comparte el archivo limitaba enormemente la velocidad de descarga del mismo. Además, si el usuario que compartía el archivo se desconectaba de la red, (porque apagaba su ordenador por ejemplo) la descarga se detenía y debía comenzarse nuevamente con ella. Por otro lado, si la velocidad de navegación o el ancho de banda del usuario que compartía eran muy bajos, la descarga podía durar horas.

Por estas y otras razones, los programas P2P más modernos comenzaron a realizar el vínculo entre un usuario que desea descargar un determinado archivo con cientos o miles de usuarios que actualmente se encuentran compartiendo el mismo. El usuario que realiza una descarga no lo hará respecto de otro que comparte, sino respecto de muchos otros que comparten partes o trozos del archivo en cuestión, las cuales finalmente son reunidas en un todo conformando un archivo apto para su uso (por ejemplo, la ejecución e instalación de un *software*).²¹

²¹ Eduardo Aibar y Jairo Ares señalan que ésta innovadora forma de intercambiar archivos mediante redes P2P, denominada *swarming*, fue introducida por la red P2P *Mojo Nation*. Esta red fue un proyecto fallido que no tuvo muchos adherentes, pero que introdujo un nuevo concepto en lo que al intercambio de archivos respecta. El *swarming* consiste en fragmentar un archivo en trozos, los que son compartidos por usuarios denominados *seeders*. Los usuarios que descargan estos trozos de archivos son denominados *leechers*. Cabe señalar que en la actualidad, *BitTorrent*, siendo uno de los programas P2P más populares, utiliza esta forma de intercambio de archivos, la que permite que mantener el enlace entre usuarios incluso cuando uno de

Esta forma de distribución de archivos es mucho más eficiente que la antigua, pues permite ir descargando varias partes del archivo al mismo tiempo e ir compartiendo las mismas paralelamente.²² En efecto, hay quienes señalan que “este mecanismo tiene un impacto importantísimo en la difusión de archivos, pues permite a cualquier cliente interesado en un archivo y que haya ya descargado una parte de éste iniciar la transmisión hacia otro cliente sin esperar a disponer del contenido completo. Todo el sistema se organiza de forma que los bloques menos replicados sean los primeros en ser transmitidos para mejorar la disponibilidad global del archivo”.²³ Finalmente, el usuario sólo podrá ejecutar el archivo una vez que haya reunido todas las partes, esto es, al finalizar la descarga del mismo.

ellos apaga su ordenador (AIBAR, E. y ARES, J. 2010. Un análisis socio-histórico de la controversia en torno a las redes P2P para el intercambio de música e imágenes. En: X Congreso Español de Sociología. Sociología y sociedad en España: hace treinta años, dentro de treinta años: 1-3 de julio de 2010. Pamplona, Federación Española de Sociología (FES). P. 6.)

²²Un ejemplo propuesto por Alicia Gil Gil y Carlos Martínez Fernández permitirá clarificar lo eficiente de esta forma de compartir: “Para hacerse una idea de lo poderoso de este sistema, puede imaginarse a dos clientes o usuarios que quieren compartir un fichero de un tamaño de 20 *Mbytes*. Adsl es un sistema de transmisión con velocidades de descarga hacia la red y de descarga desde la red diferenciadas. Una conexión de hasta 20 *Megas* de Jazztel67 permite típicamente 82 KB de descarga hacia la red y 529 KB de descarga desde la red.

Supongamos que en estas condiciones el rendimiento de la transferencia es del 80%. El cliente remoto ofrece un 50% de su ancho de banda y hay que esperar 9/10 del tiempo total a que el remoto nos atienda, pues otros 10 clientes están descargando de él. Una estimación del tiempo necesario para completar la descarga sería de aproximando al alza 110 minutos. Una película de 1GB unas 80 horas.

Supóngase ahora que 10 clientes disponen de partes disjuntas del fichero y que todos ellos cooperan para transferirse el fichero, y estimamos que de media siempre se está descargando de al menos uno de ellos. En estas condiciones el resultado sería de menos de 12 minutos para el fichero y de menos de 9 horas para la película. Si aumentamos el número de clientes podríamos llegar, en las condiciones de descarga del contrato Jazztel a aproximadamente un minuto y 30 segundos para el fichero y una hora y 22 minutos para la película” (GIL, A. y MARTÍNEZ, C. 2009. Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud. Revista Para el Análisis del Derecho (2):1-35, p.25-26).

²³ *Ibid.*, p. 25.

Lo señalado anteriormente es de suma relevancia, ya que, en definitiva ¿es posible aseverar que con el solo hecho de compartir una parte de un archivo que contiene una obra protegida, parte que de por sí no es apta para la utilización total del mismo archivo, se estaría infringiendo el derecho de autor? Este tipo de preguntas se ponen lógicamente en el supuesto que no exista autorización por parte del titular del derecho. Aunque si bien esta y otras interrogantes serán respondidas más adelante, lo cierto es que no deja de resultar trivial el proceso técnico de intercambio utilizado por el programa P2P respectivo.

CAPÍTULO II: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. Datos estadísticos sobre el uso de programas P2P

Con la aparición de Internet y las nuevas tecnologías, nuevos desafíos surgieron en lo que respecta a la protección del derecho de autor y la propiedad intelectual en general. La tónica ha consistido en cuestionarse cómo enfrentar o tratar de poner fin a los nuevos mecanismos que facilitan la infracción a los derechos de autor y los derechos conexos, como por ejemplo, la reproducción ilícita de una obra mediante su descarga de Internet.

La invención de las redes P2P conllevó a que se crearan verdaderas “*ciber* comunidades” que interactúan y comparten información constantemente, lo que ha facilitado la infracción al derecho de autor en demasía, como se verá más adelante. Se ha mencionado anteriormente que estas redes destacan por su popularidad, por lo que generan un flujo masivo de información entre usuarios conectados a Internet.

Cabe señalar que, para que exista una infracción al derecho de autor mediante internet, es necesario que participen de manera más o menos directa un conjunto de actores, configurando así una verdadera cadena, donde la ausencia de un eslabón puede impedir la materialización de la infracción. Sobre los diversos actores que participan en esta cadena se hará referencia con posterioridad. Lo que sí es relevante ahora es destacar,

en base a estudios estadísticos, la importancia que presenta el fenómeno de los programas y las redes P2P en el mundo entero, permitiendo al lector tener una visión más amplia del problema que existe tras el uso indebido de este tipo de tecnologías para cometer infracciones al derecho de autor y los derechos conexos.

Ya en el 2004, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) elaboró un informe²⁴ en base a diversos estudios, dando cuenta de la relevancia de las redes y programas P2P en lo que respecta a su popularidad y a los impactos de los mismos. El informe fue elaborado principalmente con los datos proporcionados por la compañía *BigChampagne*, empresa encargada de realizar estudios de mercado sobre materias que le son solicitadas.

En cuanto a la cantidad de usuarios que utilizan redes P2P, el informe señala que el año 2001 *Napster* tuvo aproximadamente 1.57 millones de usuarios conectados diariamente de manera simultánea; y alrededor de 60 millones de usuarios lo estuvieron en un día.²⁵ Por otro lado, a mediados del 2004, el número de usuarios conectados diariamente de manera simultánea a redes P2P fue aproximadamente de 9 millones, donde un poco más de 4 millones lo hicieron mediante redes que utilizaban el protocolo *FastTrack*.²⁶ La mayor cantidad de usuarios que se conectaron ese año a una red P2P fueron norteamericanos, representando un 55,4% del total de conectados.²⁷

²⁴ OECD. OECD Information Technology Outlook 2004. Peer to peer networks in OECD countries. [en línea] <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/32927686.pdf>> [consulta: 01 agosto 2014].

²⁵ *Ibid.*, p. 1.

²⁶ *Ibid.*, p.5.

²⁷ *Ibid.*, p.5.

El informe igualmente señala que existen encuestas que determinan que entre marzo y mayo del año 2003, un 29% de los usuarios de Internet descargaron música en sus ordenadores. Además, el 79% de los usuarios adultos de Estados Unidos descargaron música en sus ordenadores, indicando que no pagan por los archivos descargados; y un 33% aproximadamente señala que no le interesa si están protegidos esos archivos por *copyright*.²⁸

Otro estudio²⁹ señala que *Napster* consiguió 10 millones de usuarios en sus primero 9 meses de actividad, llegando a las suma de 80 millones en los nueve meses siguientes, lo que da cuenta de la popularidad que adquieren estos programas en un espacio de tiempo relativamente breve.

Hay autores que sacan sus propias conclusiones en cuanto al tamaño de estas “*ciber comunidades*”. Uno de estos es Ignacio Garrote, quien señala que hacia el año 2006, *Kazaa* era uno de los programas más populares. Menciona que hasta finales de 2004, aquel programa había sido descargado casi 350 millones de veces (en concreto 346.420.982).³⁰ Si bien cada descarga no implica necesariamente un nuevo usuario, el autor considera que, en el peor de los casos, se puede pensar que uno de cada dos usuarios que descarga el programa realmente lo utiliza para descargar obras y prestaciones protegidas por la propiedad intelectual, con lo que se podría estar hablando de una

²⁸ OECD. *Op. Cit.*, p.5.

²⁹ LESSIG, L. 2004. *How Big Media uses Technology and the Law to Lock down Culture and Control Creativity*. Nueva York, The Penguin Press. 346p, p.67.

³⁰Ignacio Garrote señala que, con fecha 17.03.2006, *Kazaa* informaba en su página <http://www.kazaa.com/us/index.htm> que el programa se había descargado 389.392.921.

comunidad de unas 175 millones de personas.³¹ Garrote considera que para ese año en España, el 21 % de los internautas utilizó estos programas y redes P2P.³²

En relación al volumen de datos intercambiados por los usuarios de programas P2P, el informe de la OCDE señala que durante el año 2003, el promedio de datos intercambiados a través del programa *Kazaa* fue de aproximadamente 5.000 *terabytes*, lo que equivale a alrededor de 600 millones de archivos, correspondiendo en su mayoría a archivos musicales en formato MP3.³³ Según datos de la *International Federation of the Phonographic Industry* (IFPI), en enero de 2005 se intercambiaron alrededor de 760 millones de archivos a través de redes P2P, representando un 90% de los archivos ilegales descargados desde Internet.³⁴

Respecto del tipo de archivos intercambiados mediante redes P2P, el informe de la OCDE señala que, en el año 2002, los archivos de audio fueron los más intercambiados, llegando al 62,5 % del total. Por otro lado, los archivos de video intercambiados llegaron al 25,2%, correspondiendo el 12,3% restante a otro tipo de archivos. El año 2003 estos porcentajes sufrieron variaciones, ya que si bien los archivos de audio intercambiados disminuyeron a 48,6%, lo cierto es que los archivos de videos intercambiaron ascendieron al 27,0%, correspondiendo el 24,3% restante a otro tipo de archivos.³⁵

³¹ GARROTE, Ignacio. *Op. Cit.*, p.226

³² *Ibid.*, p. 227.

³³ OECD. *Op. Cit.*, p.1.

³⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R. 2007. El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer. Madrid, Instituto de Derecho de Autor. 255p., p 68.

³⁵ OECD. *Op. Cit.*, p.8.

Actualmente, *BitTorrent* destaca por ser uno de los programas P2P más populares. En su página de Internet se señala que la cantidad de usuarios que usan dicho programa asciende a la suma de 170 millones aproximadamente, distribuidos en diversos lugares del planeta, siendo los mismos responsables de mover hasta el 40% de todo el tráfico de Internet en un día determinado.³⁶

En lo que respecta a Chile, no existen estudios conocidos sobre el uso de programas y redes P2P. Cabe destacar que el año 2013, la Asociación de Productores Fonográficos de Chile (IFPI Chile) efectuó alrededor de 4.000 notificaciones a usuarios de programas P2P, con el fin de generar conciencia sobre su uso indebido y así disminuir el número de descargar ilegales. En opinión de dicha institución, “a la fecha existe un millón 264 mil usuarios P2P en Chile utilizando diferentes plataformas de descargas. Considerando una de estas plataformas, *Ares*, que tiene 290 mil usuarios únicos a la fecha, con un promedio de 509 archivos compartidos a un precio de 400 pesos cada canción, el perjuicio mensual para la industria es de 59 mil millones de pesos y el perjuicio fiscal solo por concepto de IVA de 11 mil millones de pesos”.³⁷

2. Problemática jurídica que gira en torno al uso indebido de programas P2P

³⁶ KLINKER, E. BitTorrent's 10th Anniversary & The Internet We Build Next. 2014. [en línea] <http://blog.bittorrent.com/2014/09/22/bittorrents-10th-anniversary-the-internet-we-build-next/> [consulta: 23 septiembre 2014]

³⁷ EL DÍNAMO. 2013. Lanzas nueva campaña para enfrentar la descarga ilegal de música en Chile. [en línea] El Dínamo en Internet. 21 de junio, 2013. <<http://www.eldinamo.cl/2013/06/21/lanzan-nueva-campana-para-enfrentar-la-descarga-ilegal-de-musica-en-chile/>> [consulta: 22 septiembre 2014]

Los datos antes ilustrados permiten al lector comprender con mayor precisión la importancia de este mecanismo de intercambio de archivos, ya que la gran cantidad de usuarios que utilizan estos programas, por un lado; en relación al número de archivos intercambiados mediante los mismos, por el otro, hacen de estos programas y redes un mecanismo de intercambio de información nunca antes visto y que no tiene precedente alguno, logrando concebir comunidades virtuales de características únicas.

Por lo tanto, partiendo de la base que estos programas son utilizados por miles de personas; y teniendo en cuenta la facilidad con que los usuarios de internet pueden infringir el derecho de autor, se puede concluir que estamos en presencia de una tecnología que, ante un uso contrario a derecho por parte de los usuarios, puede fácilmente poner en riesgo los derechos de autor y derechos conexos de sus titulares.

En efecto, y como se analizará detalladamente en el capítulo V de este trabajo, los usuarios que comparten archivos que contienen obras protegidas a través de programas P2P, en principio, infringen el derecho de puesta a disposición del público de sus titulares si es que no cuentan con la autorización necesaria. Un tanto más compleja es la situación de los denominados *seeders*, esto es, usuarios de programas P2P que comparten fragmentos de archivos, como el caso del programa *BitTorrent*.

Por otro lado, los usuarios que descargan archivos que contienen obras protegidas mediante un programa P2P, en principio, infringen el derecho de reproducción. De igual forma, los usuarios que descargan fragmentos de un archivo, esto es, los llamados

leechers, deben ser analizados de manera específica, pues no realizan una reproducción de un archivo que contiene una obra en su totalidad, sino que una parte de aquel.

Como se verá, la aparición de estos programas en países como Estados Unidos o España, ha gatillado una seguidilla de demandas por parte de los titulares de derechos. En estos casos, los titulares de derechos argumentan que si bien los usuarios infringen directamente el derecho de autor, los operadores de programas P2P, esto es, quienes ponen a disposición de los usuarios en Internet el programa para ser descargado, y que además lo operan y explotan económicamente, actuarían como intermediarios en la infracción, coadyuvando e incluso incentivando la misma.³⁸

A consecuencia de esto, los titulares de derechos alegan que, tanto la conducta ilícita de los usuarios de programas como la de los operadores de los mismos, les han ocasionada pérdidas millonarias, pues los usuarios estarían accediendo gratuitamente a algo por lo que normalmente deberían pagar.

Por el contrario, quienes abogan por el uso de tales programas señalan que éstos cumplen un rol fundamental en lo que respecta a la difusión de la información y el conocimiento a través de Internet, lo que en definitiva sería una manifestación de los derechos de libertad de expresión e información, derechos indispensables en una sociedad democrática como la actual. Así por ejemplo, se señala que las redes P2P permitirían a

³⁸ En este trabajo se adoptará el concepto operador de programa P2P, para referirse a aquellos que crean el programa, lo ponen a disposición del público en Internet y eventualmente lo explotan para obtener ganancias. Si bien la participación de cada uno de estos sujetos es distinta, lo normal es que una persona – sea natural o jurídica- realice en conjunto dichas acciones. Además, utilizar este término evitará crear confusiones en el lector.

los autores que son poco conocidos y que quieren difundir sus obras, poder hacerlas conocidas a la sociedad, beneficiando tanto a creadores como destinatarios de las obras. Incluso, compañías de gran envergadura como *Microsoft* han empleado estas redes para difundir programas propios.³⁹

Además, quienes están a favor de esta tecnología señalan que por las redes P2P no solamente circulan obras protegidas por derecho de autor, sino que también lo hacen aquellas obras que han caído en dominio público, por lo que los programas y redes P2P beneficiarían a quienes no pueden acceder a esas obras, lo que iría de la mano con el derecho al acceso a la cultura y la información. Incluso gran parte de la información que circula por estos programas y redes no es amparable por las legislaciones de propiedad intelectual y propiedad industrial, por lo que el uso de estos programas permitiría la difusión de la información en general.⁴⁰

Finalmente, argumentan que los ilícitos civiles y penales son cometidos directamente por los usuarios; y que los programas P2P cumplen una función neutra de meros comunicadores, no siendo justo que respondan por daños cometidos por terceros.⁴¹

³⁹ HEINGARTNER, D. 2004. Software Piracy Is in Resurgence, With New Safeguards Eroded by File-Sharing. [en línea] The New York Times en Internet. 19 de enero, 2004. <<http://www.nytimes.com/2004/01/19/business/software-piracy-is-in-resurgence-with-new-safeguards-eroded-by-file-sharing.html?src=pm&pagewanted=2>> [consulta: 22 septiembre 2014] (Dando cuenta que *Microsoft* empleaba la red del programa *Kazaa* para diseminar su programa *Windows Media Player 9*.)

⁴⁰ RIBERA, B. 2009. La infracción de derechos de autor a través de los sistemas *peer to peer* y *peer to mail*. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor 3(25):38-61, p. 45.

⁴¹*Ibid.* p. 43-50. Aunque la citada autora considera que existen serias dudas de que, bajo la legislación española, la conducta de los usuarios que intercambian archivos esté sancionada penalmente.

Por otro lado, los proveedores de acceso a Internet y los proveedores de almacenamiento, eventualmente pueden ser objeto de demandas civiles, ya sea de medidas cautelares o de indemnización de perjuicios, pues tienen una participación necesaria en el desarrollo de la infracción al derecho de autor cometida mediante redes P2P. Los primeros por facilitar el medio a través del cual circulan los archivos que contienen obras; y los segundos en el caso que almacenen los archivos que contienen *links* a la red P2P, como lo son los *torrents*. Debido a que estos Proveedores de Servicios de Internet⁴² presentan una regulación propia, no serán objeto del presente trabajo, pues merecen ser desarrollados en un trabajo aparte. Aun así, pueden ser legitimados pasivos en materia de demandas por infracciones cometidas a través de programas y redes P2P, por su participación necesaria en aquellas infracciones.

Dicho todo esto, cabe preguntarse ¿por qué un titular de derechos de autor o derechos conexos habría de demandar de perjuicios a un distribuidor de programas P2P, o inclusive a un proveedor de servicios de Internet, por la infracción a sus derechos y los daños causados por los usuarios del programa? Diversas respuestas se han formulado a esa pregunta en la doctrina⁴³:

- a) En muchos casos no sólo será extremadamente difícil u onerosa, sino imposible, la identificación y localización física de un usuario o del proveedor de contenidos.

En efecto, actualmente existe controversia tanto en la doctrina como en la

⁴² Desde ahora ISP, sigla que hace referencia a *Internet Service Providers*.

⁴³ VÁSQUEZ V., M. A. 2008. Responsabilidad de Intermediarios y Prestadores de Servicios en Internet. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 108p, p.19.

jurisprudencia comparada, si es acorde o no a derecho que el titular de derechos de autor y conexos pueda obligar al ISP a entregar los datos asociados al IP del usuario y que permitan individualizarlo (nombre, domicilio, teléfono, etc.), cuando compartió o descargó archivos que contienen obras protegidas.⁴⁴

- b) Si bien es posible que se logre dar con el paradero del usuario infractor, puede que éste se encuentre en un territorio donde no exista protección jurídica sobre las obras compartidas de manera ilegal, aunque es difícil que se dé esta hipótesis en la práctica.
- c) Muchas veces la infracción se cometerá en el extranjero, dando origen a un problema de derecho internacional privado, si se parte de la base que el distribuidor de programas P2P está ubicado en territorio nacional, al igual que sus servidores.
- d) Finalmente, lo común va a ser que el usuario infractor sea insolvente para reparar los daños que ha ocasionado, y el demandante no tenga los incentivos suficientes.

Por estas consideraciones es que en la jurisprudencia que se analizará, las demandas fueron interpuestas directamente en contra de los operadores de programas P2P, sin perjuicio de que paralelamente existían juicios en contra de los usuarios.

A continuación se estudiarán los principales casos que se han desarrollado en el derecho comparado.

⁴⁴ Uno de los argumentos empleados para señalar que un individuo no puede obligar al ISP a revelar los datos de un usuario dice relación con que esa información sería de índole privada. De ahí que, si el usuario no da consentimiento alguno para que se entregue aquellos datos, se estaría vulnerando su derecho a la privacidad. Sobre este aspecto se hará un breve estudio en el capítulo VI.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA EXTRANJERA

En razón a que no existen sentencias nacionales respecto de la materia que abarca el presente trabajo, es menester dedicar algunas hojas a comentar los fallos más destacables que se han dictado en la jurisprudencia extranjera. De ahí que se analizarán sentencias de la jurisprudencia estadounidense, australiana y española, para poder determinar sus principales razonamientos y ver si aquellos son aplicables a eventuales litigios que se vislumbren en Chile; estudio que se hará en los capítulos V y VI, referido por un lado a la responsabilidad de los usuarios de programas P2P, y por el otro a la de los creadores, distribuidores y explotadores de los programas P2P, esto es, los operadores de programas P2P.

Los casos que se analizarán serán aquellos referidos a *Sony*, *Napster*, *Grokster* y *StreamCast*, *Kazaa*, y finalmente aquel que recae sobre la página web *elrincondejesus.com*. Para abordar el caso *Napster* y *Grokster* con *StreamCast*, es necesario primeramente estudiar el caso *Sony*, pues este último crea un estándar relevante aplicable a los dos primero en lo que se refiere a la atribución de responsabilidad a un intermediario por infracción al *copyright*.

Dada la extensión de los fallos que recaen sobre estos casos, el análisis de los mismos sólo tomará en cuenta los aspectos que tienen una relación directa con objeto del presente trabajo, por lo que todos aquellos razonamientos que puedan resultar relevantes

para su fundamentación, pero que no tengan una relación directa con este trabajo, serán omitidos.

1. Universal City Studios, inc. v. Sony Corp. of Amer.⁴⁵

En la década de los 70, las cadenas de televisión norteamericanas emitían una gran variedad de series, las cuales se fueron haciendo muy populares con el transcurso del tiempo. Estas series eran transmitidas muchas veces en un mismo horario, por lo que el público debía elegir entre las que prefería sintonizar en desmedro de las otras. La situación comentada cambiaría con la aparición del denominado *Betamax*, tipo de VCR (*video cassette recorder*) ofrecido al mercado por la compañía *Sony*, que permitía ver una serie o un programa de televisión mientras se grababa paralelamente aquel que no estaba siendo sintonizado por el televidente, posibilitando el ser visto con posterioridad.⁴⁶

Las productoras cinematográficas, quienes eran titulares del *copyright* de las series, vieron con recelo la aparición del *Betamax*, pues creían que con su utilización se infringía su *copyright*. No fue de extrañarse que a mediados de la década de los 70, *Universal City Studios* y *Walt Disney Productions* demandaren a *Sony* por promocionar y distribuir un artefacto que permitía la infracción de su *copyright*.

⁴⁵ Respecto al caso *Universal City Studios, Inc vs Sony Corp. Of Amer.*, se seguirán los comentarios de Wilson Ríos Ruiz (RIOS, W. *Op. Cit.*, p.65-66).

⁴⁶ Lo que en la doctrina norteamericana se conoce como *time-shifting* y que vendría a significar el aprovechamiento del tiempo en su traducción al castellano.

Las empresas cinematográficas demandaron a *Sony* como responsable por la infracción indirecta al *copyright* que ostentaban. Su argumento se basaba en que las copias realizadas por los televidentes infringían sus derechos de reproducción, donde *Sony* cumplía un rol clave al posibilitar, como intermediario, dichas infracciones a través del aparato que ofrecían al público.

En primera instancia⁴⁷, el juez del tribunal de distrito falló en favor de *Sony*, argumentando que las copias realizadas por los televidentes eran copias privadas, hechas sin ánimo de lucro, por lo que eran compatibles con el *fair use* o uso justo de la obra, concepto al cual se hará referencia más adelante con mayor profundidad. El *fair use*, en términos generales, engloba a todos aquellos usos que no requieren autorización por parte del titular del *copyright*, siendo legítimos y no conllevando así una obligación de indemnizar por parte de la persona que hace la utilización respectiva.

Así las cosas, siendo las copia realizadas sin ánimo de lucro por parte de los televidentes, los demandantes no pudieron acreditar un requisito indispensable del *fair use*, el cual consiste en que el uso haya provocado un efecto negativo en el mercado respectivo (como se verá a propósito de *Napster*). Siendo legítimo el uso realizado por los televidentes, no había infracción que atribuirles a los mismos, por lo que la hipótesis de infracción indirecta quedaba descartada.⁴⁸

⁴⁷ SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. 2 octubre 1979. Tribunal del Distrito Central de California. 480 F. Supp. 429.

⁴⁸ Respecto de la infracción indirecta al *copyright*, se hará una explicación al tratar el caso *Napster*.

En segunda instancia⁴⁹, el juez estimó que *Sony* era culpable por infracción indirecta del *copyright* de las demandantes, argumentando principalmente que contribuyó con su conducta a infracción de los derechos patrimoniales, puesto que el promocionar y distribuir el aparato permitía concretar dichas infracciones.

Finalmente la causa llegó a la Corte Suprema norteamericana, el 17 de enero de 1984. El máximo tribunal estadounidense absolvió definitivamente a *Sony* en base a las doctrinas del *fair use* y el *time shifting*⁵⁰. El fundamento de tal decisión consistió en que “la copia no lucrativa de un programa de televisión hecha para el uso doméstico no trasgredía las normas de protección del *copyright* que resguardaba el programa grabado. Específicamente, la Corte estableció que el *time-shifting* (aprovechamiento del tiempo, al grabar un programa de televisión que se exhibe en el mismo horario o en un horario de difícil acceso, para luego verlo después de grabarlo) era un uso permitido bajo el concepto y la doctrina del *fair use* o uso justo”.⁵¹ Así, siendo el uso legítimo por parte de los televidentes, no existía responsabilidad de parte del intermediario.

El Caso *Sony* es de aquellos donde un juez debe resolver en base a dos criterios: El proteger toda invención tecnológica como lo era el *Betamax*; o proteger los derechos de *copyright* de los demandantes. La idea de la Corte Suprema fue hacer, en la medida de

⁴⁹ SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. 19 octubre 1981. Corte de Apelación del Noveno Circuito. 659 F. 2d 963.

⁵⁰ SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. 17 enero 1984. Corte Suprema estadounidense. 464 U.S. 417.

⁵¹ RIOS, W. *Op. Cit.*, p.66.

lo posible, un equilibrio entre ambos criterios para no perjudicar en demasía el *copyright* de sus titulares, y a su vez no frenar el avance tecnológico.

El máximo tribunal norteamericano es de la idea que “los productores de tales dispositivos no eran responsables directos del daño que eventuales infractores causaran a sus titulares de *copyright* por el uso ilícito que dieran a sus videograbadoras, pues en este caso la tecnología VCR podía ser utilizada con fines lícitos, pero también con fines ilícitos; pero en este último caso no debían ser los desarrolladores de tecnologías quienes asumieran las acciones, sino que las asumieran los usuarios que les dieran un mal uso a la tecnología”.⁵²

Por lo tanto, el precedente asentado consiste en que, en principio, no podrá imputarse responsabilidad civil a alguien por infringir indirectamente el *copyright* si es que el equipo o invento que permite concretar dicha infracción (en este caso, el *Betamax*) sea aplicable a una gran cantidad de usos legítimos comercialmente significativos, o por lo menos sea apto para aquello, situación que a juicio de la Corte sí se daba con la fabricación de copias privadas por los televidentes, toda vez que aquellas eran legítimas bajo el *fair use*. La única forma para imputar responsabilidad a un distribuidor de un aparato en base a los argumentos señalados consiste en que aquel tenga conocimiento específico de las infracciones cometidas por los usuarios, y no un conocimiento implícito, también denominado constructivo, situación que no ocurrió en el caso *sub judice*.

⁵² RIOS, W. *Op. Cit.*, p.66.

2. A&M Records inc. et al. vs. Napster inc.

A) Funcionamiento de *Napster*

Napster era un programa P2P que comenzó a funcionar en Estados Unidos el año 1999. Permitía el intercambio de cientos de miles de archivos entre los usuarios que lo utilizaban, donde las canciones en formato MP3 abarcaban la mayor parte (por no decir la totalidad) de los archivos compartidos por los usuarios. El intercambio de los archivos musicales que realizaban los usuarios era posible gracias al *software* de *Napster*, el cual vinculaba los archivos contenidos en las bibliotecas virtuales de los usuarios con aquellos que solicitaban la descarga de los mismos. El vínculo siempre se realizaba entre dos usuarios, donde uno compartía el archivo y el otro lo descargaba.

Respecto al funcionamiento de *Napster*, es aplicable aquí lo señalado en el primer capítulo, a propósito de las redes P2P centralizadas. Cabe destacar que *Napster* no cobraba por los archivos en formato MP3 que se compartían a través del sistema, ni generaba ganancias por publicidad.

B) Demanda contra el operador de *Napster* y razonamiento del tribunal de primera instancia

La RIAA (*Recording Industry Association of America*), en conjunto con una serie de compañías disqueras y artistas, interpusieron una demanda de medidas cautelares en contra del operador de *Napster*. Argumentaron que *Napster* permitía cometer infracciones al *copyright* de los demandantes, pero “no sólo lo consideraban responsable por infracción de derechos de propiedad intelectual, sino que también lo contemplaban como agente de un comportamiento desleal desde el punto de vista del derecho de la competencia, pues entendían que, al ofrecer un servicio gratuito de descarga de archivos musicales, estaba obstaculizando el acceso de otros competidores a ese mercado, además de restar ingresos de explotación a autores y artistas, ocasionar pérdidas a los productores de fonogramas, y propagar la perniciosa cultura de que en Internet los contenidos se pueden obtener sin pagar a cambio una contraprestación”.⁵³

La demanda de medida cautelar fue interpuesta ante el Tribunal Federal del Distrito Norte de California el 26 de julio del año 2000.⁵⁴ Con ella se buscaba el cese de la actividad infractora por parte de *Napster*. Los demandantes argumentaron que igualmente los usuarios del programa infringían directamente los derechos de reproducción y distribución respecto de las obras musicales, las que eran compartidas y descargadas a través del mismo programa.

Teniendo en consideración el actuar de los usuarios, los demandantes además señalaron que el operador de *Napster* era responsable indirectamente por la infracción de

⁵³ SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, p. 99.

⁵⁴ A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. 26 julio 2000. Tribunal de Distrito del Norte de California. 114 F. Supp. 2d. 896.

tales derechos, en virtud de dos tipos de responsabilidades creadas por la jurisprudencia norteamericana: la responsabilidad concurrente, contributiva o *contributory liability*; y la responsabilidad vicaria, por el hecho ajeno o *vicarious liability*. El fundamento común de ambas responsabilidades en este caso versa en que *Napster* permitía el vínculo entre los usuarios, actuando como intermediario, disponiendo de una serie de herramientas que permitían a los últimos compartir, buscar y descargar canciones en sus ordenadores personales, posibilitando así la infracción de los usuarios.

La responsabilidad contributiva ha sido definida como aquella responsabilidad indirecta en que una persona conoce que la actividad violatoria está tomando lugar y la causa, induce o contribuye a ella. El conocimiento es un factor clave en este tipo de violación.⁵⁵ Los elementos o requisitos que debe acreditar el demandante de responsabilidad concurrente por infracción indirecta al *copyright* son los siguientes: “1) Propiedad o titularidad sobre una obra objeto de protección bajo la ley de derechos de autor; 2) Que se realice una copia o reproducción no autorizada de dicha obra por parte de un tercero; 3) Que el demandado tiene conocimiento de la actividad constitutiva de infracción de derechos de autor por parte de dicho tercero; 4) Que el demandado contribuye materialmente en la infracción e induce o patrocina dicha actividad”.⁵⁶

55 OPPENHEIMER, M. 2005. Yours for Keeps: MGM v. Grokster [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693841> [consulta: 08 agosto 2014] p. 25 (la traducción es propia).

56 SÁNCHEZ IREGUI, F. 2003. Sistemas peer to peer para el intercambio de música en Internet. De la ilegalidad de Napster a la legalidad de Kazaa, Grokster, Gnutella y Streamcast [en línea] <http://www.enewnesslaw.com/documents/MUSICAENINTERNET_001.pdf> [consulta: 15 agosto 2014] p.11.

Por otro lado, se ha señalado que la responsabilidad vicaria es impuesta a una persona que si bien no infringe directamente el *copyright*, facilita a otro la infracción, teniendo sobre aquel el derecho y la habilidad de supervisar, existiendo además un interés económico directo y obvio en la explotación del material protegido por *copyright*".⁵⁷ Los requisitos que debe probar el demandante son los siguientes: "1) Propiedad o titularidad sobre una obra objeto de protección bajo la ley de derechos de autor; 2) Que se realice una copia o reproducción no autorizada de dicha obra por parte de un tercero; 3) Que el demandado tenga derecho y habilidad para controlar los actos del tercero infractor de derechos de autor; 4) Que el demandado reciba un beneficio económico (interés económico) por razón de los actos del tercero infractor de derechos de autor".⁵⁸

Para que el operador de *Napster* sea condenado en base a estas teorías, los demandantes debían acreditar los dos requisitos comunes a ambos tipos de responsabilidad, esto es, que son titulares de los derechos de *copyright* y que se había cometido infracción a dichos derechos por parte de los usuarios del programa. Ambos hechos fueron debidamente acreditados, por lo que los requisitos se tuvieron por cumplidos.⁵⁹

⁵⁷ OPPENHEIMER, M. *Op. Cit*, p. 25.

⁵⁸ SÁNCHEZ IREGUI, *Op. Cit*, p. 12.

⁵⁹ Respecto del primer requisito, el tribunal de primera instancia consideró que, de la totalidad de la prueba acompañada, se acreditaba la titularidad del material supuestamente infringido. Esto dado que el demandante demostró que el 87% de los archivos disponibles posiblemente se encuentra protegidos por derechos de autor, de los cuales un 75% pertenecen al demandante. Respecto del segundo requisito, los demandantes argumentaron que la responsabilidad directa recaía sobre los usuarios de *Napster*, ya que, como se señaló anteriormente, aquellos infringen al menos dos de los derechos exclusivos de los titulares: los derechos de reproducción y de distribución.

Así, la infracción al derecho de reproducción por parte de los usuarios se produjo porque al descargar los archivos MP3 que compartían otros usuarios, se generaban copias ilícitas. En este contexto, se considera copia ilícita “aquella reproducción no autorizada de obras musicales o prestaciones artísticas protegidas por el derecho de autor, y los derechos conexos y que tiene como efecto conseguir un lucro para el sujeto activo quien evade la obligación de efectuar los pagos correspondientes por este concepto”.⁶⁰ Al no estar los usuarios autorizados por los titulares del derecho de reproducción, atentaría contra la *Copyright Act USA* y la *Digital Millenium Copyright Act USA (DMCA)*.

En lo que respecta al derecho de distribución, la infracción se produjo porque los usuarios, al compartir las canciones en sus carpetas personales ligadas a *Napster*, estarían poniendo a disposición de terceros los archivos sin la autorización respectiva.⁶¹

El demandado se defendió invocando en primer lugar la sección 512 (a) de la *Copyright Act USA*, lo que dio lugar a una moción de previo y sumario procedimiento. La sección 512 (a) contempla una exención para los *Internet Service Providers* o ISP, lo que se entiende es un denominado puerto seguro o *safe harbour*, pues excluye de

⁶⁰ DE LEÓN GUEVARA, C. 2001. La música en la Internet: una perspectiva legal [en línea] <<http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/2001Vol40/La%20musica%20en%20la%20Internet.pdf>> [consulta: 05 abril 2014] p. 10.

⁶¹ Un aspecto que hay que destacar consiste en que la sentencia no hace referencia a la distinción entre derecho de distribución y derecho de puesta a disposición al público de la obra, considerando que sólo el segundo es aplicable al caso de la descarga de archivos en formato MP3. Es criticable la falta de mayor análisis, pues sabido es que el derecho de distribución opera netamente en el entorno físico, no así en el digital. Aun así, la explicación que se puede dar es que la sección 106 número 3 de la *Copyright Act USA* se refiere al derecho exclusivo de los titulares a distribuir copias de fonogramas (en efecto, señala textualmente *to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending*), por lo que la terminología sería ajustada a la norma (ESTADOS UNIDOS. Congreso de Estados Unidos. 1947. U.S. Copyright Law, Title 17, sección 506 número 3. 30 julio 1947. [En línea] <<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>> [consulta: 16 octubre 2014] (la traducción es propia).

responsabilidad a los titulares de los ISP por la infracción que cometan terceros en usos de sus servicios, en la medida que estos cumplan determinados requisitos. Los ISP de la letra a), como intermediarios que son, se limitan a transmitir, enrutar o proveer la conexión necesaria para el envío de información por internet.⁶²

El tribunal de distrito desestimó el argumento del demandando, señalando que *Napster* no facilitaba servicios de mera transmisión de datos o enrutamiento o proporciona conexiones para la circulación del material presuntamente infractor a través de su sistema. En efecto, la sección 512 de la *Copyright Act* USA requiere que dichas funciones se efectúen a través de la red o sistema operado por el proveedor de servicios, situación que no ocurría en este caso, ya que la infracción se materializaba entre dos usuarios mediante la red de Internet, pues la red P2P se erige sobre aquella, no siendo una red propia del operador de programa P2P.

El tribunal consideró que *Napster* presta un servicio similar a las herramientas de localización de información. Aun así, estimó que “el demandado no ha logrado convencer

⁶² La *Copyright Act* USA exige 5 requisitos para ampararse en la exención de los proveedores de servicios de intermediarios que se limitan a transmitir, enrutar o proveer la conexión para el envío de datos (*mere conduit providers*), los cuales garantizarían la neutralidad en la red, a saber: 1) que la transmisión sea iniciada por persona distinta de él, 2) que las operaciones se efectúen en el seno de un proceso técnico automático, sin que él pueda seleccionar el material transmitido, enrutado, almacenado o al que dé acceso, 3) que no se seleccione a los destinatarios del material, 4) que no haga copias de los contenidos de modo que puedan acceder a ellos más usuarios de los debidos, o los usuarios correctos pero por más tiempo del debido, 5) que no modifique el contenido en cuestión. Más adelante se realizará un análisis más completo respecto de los ISP, en relación a su posible responsabilidad por infracción al derecho de autor de los usuarios de redes P2P. Dicha regulación es similar a la contemplada en la legislación nacional, pues ésta deriva de aquella. (ESTADOS UNIDOS. Congreso de Estados Unidos. 1947. U.S. Copyright Law, Title 17, sección 512. 30 julio 1947. [En línea] < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17> > [consulta: 16 octubre 2014] (la traducción es propia).

a este tribunal sobre la aplicación de la sub sección (d) (que contempla un puerto seguro para las herramientas de localización)”⁶³, dejando su decisión para la etapa del juicio.

En segundo lugar, el operador de *Napster* invocó como defensa la sección 107 de la *Copyright Act USA*, referida al *fair use* o usos justos. El *fair use* es propio de la legislación estadounidense y como se señaló anteriormente, se refiere a todos aquellos casos en donde el actuar de una persona que hace utilización de un derecho exclusivo y sin autorización del titular, lo hace de manera lícita y por lo tanto no acarrea responsabilidad alguna. La idea del demandado era encasillar el actuar de los usuarios bajo el *fair use* y así excluir su responsabilidad, puesto que desestimando la responsabilidad por infracción directa de los usuarios, no habría responsabilidad indirecta que imputarle a *Napster*.⁶⁴

Todo juez que se enfrente a una excepción amparada en el *fair use* deberá determinar en el caso a caso si la utilización de la obra cabe dentro del uso justo, no habiendo un catálogo taxativo de excepciones, como en el caso de la legislación chilena. Para lo anterior, el juez se guiará por determinados factores señalados en la ley:

- a) El propósito y carácter del uso, viendo si tiene un fin comercial o no. De ahí que un uso comercial se opone al *fair use*

⁶³A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. Tribunal de Distrito del Norte de California. *Op. Cit.* (la traducción es propia).

⁶⁴En este sentido, el mismo tribunal *a quo* argumenta que, siguiendo el precedente de Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc., la responsabilidad secundaria por infracción del derecho de autor no existe en ausencia de infracción directa por parte de un tercero (RELIGIOUS TECHNOLOGY CENTER v. NETCOM ON-LINE COMMUNICATION SERVICES, INC. 21 de noviembre de 1995. Tribunal estadounidense de Distrito del Norte de California, 907 F. Supp. 1361)

- b) La naturaleza de la obra protegida, donde mientras más creativa sea la obra, más patente es la incompatibilidad con el *fair use*.
- c) La cantidad y la importancia de la porción utilizada en relación a la obra protegida como un todo, siendo que a mayor porcentaje utilizado de la obra, menor es la posibilidad de ampararse en el *fair use*.
- d) El efecto de dicho uso en el mercado potencial de la obra protegida. Un efecto nocivo en el mercado potencial producto de la utilización de la obra impediría ampararse bajo el *fair use*.

Un uso que se ajuste a los criterios antes señalados será justo, por lo que no requerirá de la autorización del titular del *copyright*.⁶⁵

En cuanto al propósito y carácter del uso, el tribunal de distrito determinó que “los usuarios de *Napster* se envuelven en uso comercial de los materiales protegidos ampliamente porque 1) un usuario anfitrión que envía un archivo no se puede decir que se envuelva en un uso personal cuando distribuye ese archivo a un solicitante anónimo; y 2) Los usuarios de *Napster* obtienen gratis algo que ellos ordinariamente tendrían que comprar”.⁶⁶

⁶⁵ Para mayor información sobre la doctrina del *fair use*, se recomienda la lectura de la memoria titulada “Fair use como modelo de flexibilización del derecho de autor”, de Carolina Ibañez Kollmann (IBAÑEZ K., C. 2013. Fair use como modelo de flexibilización del derecho de autor. Memoria para optar al grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 126 p.)

⁶⁶ A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. Tribunal de Distrito del Norte de California. *Op. Cit.* (la traducción es propia).

En lo referido a la naturaleza de la obra protegida, el tribunal de distrito consideró que “las composiciones musicales y grabaciones sonoras protegidas de los demandantes son creativas por naturaleza”.⁶⁷

Respecto a la cantidad e importancia de la porción utilizada, el tribunal de distrito concluyó que los usuarios de *Napster* se envuelven en el “copiado mayorista” de una obra protegida, porque la transferencia de archivos necesariamente involucra el copiado de la totalidad de la obra protegida.

Finalmente, en lo que concierne al efecto de dicho uso en el mercado potencial de la obra protegida, *Napster* daña el mercado en al menos dos formas: reduce las ventas de discos de audio entre los estudiantes de universidad y crea barreras para la entrada de los demandantes en el mercado para la descarga digital de música.

En base a los argumentos antes comentados, “quedó señaladamente descartada la aplicación del estándar del caso *Sony*, pues frente a *Betamax*, apto para un número de usos no infractores, el Tribunal consideró que en *Napster* apenas eran detectables usos no infractores comercialmente relevantes”.⁶⁸ Por todos los argumentos antes dichos, el tribunal de distrito rechazó la excepción de *fair use* respecto de sus usuarios.⁶⁹

⁶⁷ A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. Tribunal de Distrito del Norte de California. Op. Cit. (la traducción es propia).

⁶⁸ SÁNCHEZ ARISTI, R. Op. Cit., p. 102.

⁶⁹ En tercer lugar, *Napster* argumentó que efectúa determinados usos, los cuales harían excluir su responsabilidad:

1) Muestro o *samplig*: Se define como “una reproducción temporal de una obra en formato MP3 con fines promocionales y con miras a su posterior adquisición en CD o en otro soporte. Es decir descargar la canción para efectos de tomar o no la decisión de comprarla” (RIOS, W. Op. Cit., p.72). Para no dar asidero a tal justificación, el tribunal de distrito señaló que las descargas gratuitas proporcionadas por las compañías de grabación consisten en muestras de treinta a sesenta segundos o son canciones completas programadas para “tiempo muerto” (“time out”), esto es, existen solamente por un corto periodo de tiempo en el ordenador

Habiendo sido desestimadas las defensas antes señaladas, el tribunal de distrito analizó las posibles imputaciones por responsabilidad secundaria.

a) Responsabilidad contributiva

Sobre este tipo de responsabilidad, el tribunal centró su análisis en sus dos requisitos propios: el conocimiento de la infracción y la contribución material.

Respecto al conocimiento del operador de *Napster* de la infracción cometida por los usuarios, la *contributory liability* requiere que el infractor indirecto sepa o tenga razón para saber de la infracción directa (el denominado conocimiento constructivo en doctrina). El tribunal de distrito declaró que el operador de *Napster* tenía conocimiento tanto real como constructivo de que sus usuarios intercambiaban música protegida. El conocimiento real se refiere al “conocimiento directo y claro que una persona razonable

del que descarga. En comparación, los usuarios de *Napster* descargan una copia completa, gratis y permanente de la grabación.

2) *Space shifting* o cambio de soporte: Consiste en “realizar una copia privada de una obra previamente adquirida, para su disfrute en un soporte diferente del originalmente adquirido. Por ejemplo, cuando alguien adquiere lícitamente un CD y hace una copia en casete, en otro CD, en una memoria USB, en un dispositivo móvil, PDA, en un dispositivo de almacenamiento como iPod, Zune, para oírlo en su vehículo, oficina, casa de campo o en el lugar que desee (RIOS, W. *Op. Cit.*, p.72). El cambio de soporte ocurriría cuando los usuarios de *Napster* descargan canciones que ya poseen pero en CD, por lo que la descarga se haría para escuchar la música en otro tipo de reproductor, como un ordenador. La justificación del cambio de soporte fue utilizada en el caso *Sony* al que se ha hecho referencia con anterioridad, pero en el caso *Napster*, dicha justificación no es pertinente porque los métodos de cambiado en el caso *Sony* no suponían simultáneamente la distribución de material protegido al público general.

3) Otros usos: *Napster* pretende justificar los usos de los usuarios señalando que hay reproducción y distribución de obras que entraron al dominio público. A su juicio, gran parte de los autores y titulares de derechos autorizaron los usos que hacen los usuarios, viendo a *Napster* como una oportunidad de ser conocidos en el mercado musical. El tribunal desatiende este argumento en base a la prueba otorgada por el demandante, donde se acredita que la mayoría de las obras que circulan por *Napster* están protegidas por *copyright*, y la mayoría de los titulares de aquel no habían autorizado el intercambio por el programa P2P.

tiene en una determinada situación”.⁷⁰ Por otro lado, el conocimiento constructivo se refiere al “que una persona razonablemente cuidadosa o diligente adquiere a partir de interferencias derivadas de diferentes situaciones, sin necesidad de presenciar directa y actualmente los hechos”.⁷¹

En cuanto a la contribución material de *Napster*, el tribunal *a quo* determinó que aquella sí existía, toda vez que “sin los servicios de apoyo que el demandado proporciona, los usuarios de *Napster* no podrían encontrar y descargar la música que ellos quieren con la facilidad de la que el demandado presume”.⁷²

b) Responsabilidad vicaria

Por otro lado, en lo que respecta a la responsabilidad vicaria, el tribunal de distrito determinó que se deben cumplir dos requisitos específicos para su procedencia: interés económico en la infracción por parte del operador de *Napster*; y derecho y capacidad de control y supervisión de la misma.

⁷⁰ CASTELLANOS, C. 2009. Responsabilidad extracontractual de los ISP por las infracciones que sus proveedores de contenidos cometen contra el derecho de autor y los derechos conexos de terceras personas en Colombia (6):132-185, p. 137.

⁷¹ *Ibid.*, p. 138. El tribunal de distrito determinó la existencia de conocimiento real en base a las siguientes pruebas: 1) un documento de la autoría del cofundador de *Napster*, Sean Parker mencionaba la necesidad de continuar ignorantes de los nombres reales de los usuarios, puesto que están intercambiando música pirateada; y 2) la *Recording Industry Association of America* ("RIAA") informó a *Napster* de más de 12,000 archivos infractores, algunos de los cuales están todavía disponibles. Por otro lado, el tribunal de distrito determinó la existencia de conocimiento constructivo por parte del operador de *Napster* en base a los siguientes hechos: 1) los directivos de *Napster* tienen experiencia en la industria de grabación; 2) ellos han hecho cumplir los derechos de propiedad intelectual en otras instancias; 3) los directivos de *Napster* han descargado canciones del sistema; y 3) ellos han promocionado el emplazamiento con “imágenes de captura de pantalla” (*screenshots*) listando archivos infractores.

⁷² A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. Tribunal de Distrito del Norte de California. Op. Cit. (la traducción es propia).

Respecto del interés económico en la infracción, si bien el operador de *Napster* no generaba ingresos por publicidad ni cobraba por descargas, el tribunal estimó que los ingresos futuros de *Napster* serían directamente dependientes de los incrementos en la base de usuarios. Mientras más usuarios se registrasen en *Napster*, mayor será la cantidad y calidad de música disponible, y así los ingresos futuros son directamente dependientes del incremento de la base de sus usuarios.⁷³

Finalmente y sobre el derecho y la capacidad de control y supervisión de la actividad infractora, el tribunal de primera instancia determinó que existía esta capacidad en sistema de *Napster*, pues los demandados lograron acreditar que aquel otorgaba al operador la facultad de cerrar las cuentas de los usuarios a discreción, y no solamente cuando existiera infracción al *copyright* por parte de éstos. Teniendo el demandado la facultad de supervisión, falló en ejercerla.

Habiéndose determinado que sí se cumplían los requisitos para imputar responsabilidad secundaria al operador de *Napster* por haber posibilitado la infracción de sus usuarios, sumado al riesgo de daño que podía seguir ocasionando *Napster* a los demandantes, el tribunal concedió las medidas cautelares solicitadas. Es así como “el tribunal de distrito prohibió de forma preliminar a *Napster* involucrarse en, o facilitar a otros, el copiado, descarga, carga, transmisión o distribución de las composiciones

⁷³ Sverker K. Hogberg hace énfasis en la postura adoptada tanto por el tribunal de primera como el de segunda instancia en este punto. Según el autor, el requisito de beneficio económico directo vendría a significar con *Napster* en realidad un intento de beneficio directo. (HOGBERG S.K. 2006. The Search for Intent-Based Doctrines of Secondary Liability in Copyright Law. Revista de Derecho de Columbia 106(4):909-958., pp.931-932)

musicales protegidas y las grabaciones sonoras del demandante, protegidas bien por la ley federal o estatal, sin el permiso expreso del titular de los derechos”.⁷⁴

C) Apelación a la sentencia del tribunal de distrito

El operador de *Napster* apeló contra la sentencia que le impuso las medidas cautelares que prohibían el funcionamiento del programa, a fin de que éstas quedaran sin efecto. En la sentencia del tribunal de segunda instancia⁷⁵, la Corte se manifestó conforme con la sentencia del tribunal *a quo* en lo que respecta a las infracciones directas cometidas por los usuarios, pues entendía que éstos habían actuado ilícitamente. En lo referido al *fair use*, la Corte analizó si se cumplían los cuatro requisitos propios de éste, estimando al igual que el tribunal de primera instancia, que no procedía aplicar dicha doctrina como mecanismo de defensa en el presente caso.⁷⁶ Finalmente, se dedicó a tratar lo referido a la responsabilidad secundaria imputada al operador de *Napster*, y que hace procedente las medidas cautelares impuestas.

a) Responsabilidad contributiva

La Corte analizó si se habían cumplido los requisitos de conocimiento de la actividad infractora y contribución material a la misma por parte del demandado. En lo que concierne al conocimiento necesario, la Corte hizo algunos matices respecto a la

⁷⁴ A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. 12 febrero 2001. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. 239 F.3d 1004. (la traducción es propia).

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ En cuanto al muestreo, el cambio de espacio y los otros usos invocados por *Napster* como argumentos de defensa, la Corte de Apelaciones señala que no hay error alguno en el razonamiento efectuado por el Tribunal de Distrito, por lo que no puede ser objeto de enmienda la sentencia.

fundamentación del tribunal de primera instancia. Argumentó que “en un contexto online, es requerida la evidencia del conocimiento real de actos específicos de infracción para mantener a un operador de un sistema informático responsable por infracción negligente o parcial⁷⁷, del *copyright*”.⁷⁸ Dicho estándar fue impuesto por el fallo *Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, Inc.* antes citado. En ese fallo, “el tribunal determinó que para que el operador tenga suficiente conocimiento, el titular de los derechos de autor debe suministrar la documentación necesaria para demostrar que hay una posible infracción”.⁷⁹ De ahí que “cualquier información específica que identifique una actividad infractora, un operador de un sistema de ordenador no puede ser responsable de infracción parcial meramente porque la estructura del sistema permita el intercambio de material protegido”.⁸⁰ Finalmente, la Corte estimó que sí existía conocimiento real de la demandada, en base a la prueba aportada, pero no necesariamente producto de la estructura de *Napster*.

Sobre la contribución material, la Corte consideró que el razonamiento del tribunal de distrito era correcto y no hizo reparos al respecto.

b) Responsabilidad vicaria

De igual forma que en la responsabilidad contributiva, la Corte analizó si se cumplían los dos requisitos propios de la responsabilidad vicaria. En el único aspecto que

⁷⁷ La Corte emplea el término responsabilidad parcial como sinónimo de lo que doctrinariamente se denomina responsabilidad contributiva.

⁷⁸ *A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC.* Corte de Apelaciones del Noveno Circuito. *Op. Cit.* (la traducción es propia).

⁷⁹ *Ibid.* (la traducción es propia).

⁸⁰ *Ibid.* (la traducción es propia).

la Corte discrepó con el fallo de primera instancia es en lo referido a la capacidad de control y supervisión de la actividad infractora, señalando que era más limitada de lo que había estimado el tribunal de distrito, donde el “derecho y la capacidad” reservados al operador de *Napster* a vigilar estaban confinados por la arquitectura actual del sistema. Como se demostró por las pruebas, el sistema de *Napster* no “leía” el contenido de los archivos establecidos en el índice, más allá de comprobar que ellos están en el apropiado formato MP3. Sin embargo, la Corte consideró que sí existió la capacidad de control.

En base a todo lo razonado, la Corte ordenó modificar en parte la sentencia de primera instancia que imponía las medidas cautelares antes señaladas. Así, para imputar al operador de *Napster* la responsabilidad contributiva se requería lo siguiente: 1) que los demandantes notificasen específicamente qué archivos protegidos por *copyright* estaban siendo objeto de infracción; 2) que el operador de *Napster* supiese o debiese saber cuáles archivos estaban siendo compartidos y descargados en utilización de su programa; y 3) que no filtrare los archivos en cuestión. En cuanto a la responsabilidad vicaria, sólo podía ser impuesta si *Napster* no utilizaba su propio índice de búsqueda para poder localizar los archivos ilegales. De ahí que los demandante tenían la carga de notificar qué archivos específicos eran ilegales y *Napster* buscarlos con su propio índice y realizar los filtrados correspondientes.

El fallo de la Corte fue derivado al tribunal de distrito para que modificase el fallo de primera instancia y se ejecutaren las medidas cautelares. Una vez notificado el nuevo fallo, el operador de *Napster* tuvo demasiados problemas en realizar el filtrado de los archivos ilegales, por lo que finalmente tuvo que ser cerrado por orden del tribunal de

distrito. Posteriormente, *Napster* fue comprado y se volvió un programa de pago, pero no tuvo el mismo éxito.⁸¹

3. Metro-Goldwyn-Mayer Studios inc. et al. vs Grokster ltd. et. al.

A) Funcionamiento de Grokster y StramCast.

Grokster Ltda. y StreamCast Networks. Inc. eran compañías que ponían a disposición del público en Internet programas P2P que llevan sus respectivos nombres, los cuales podían ser descargados gratuitamente. Estas compañías tenían sus propias páginas de descarga donde estaban almacenados los programas P2P.

El usuario que deseaba utilizar uno de estos programas debía primeramente efectuar la descarga del mismo (o realizar una copia del mismo desde otro soporte, como un disco). Posteriormente, el respectivo programa debía ser instalado en el ordenador personal del usuario. Cabe destacar que, a diferencia de *Napster*, el usuario no necesitaba crear una cuenta en el servidor de los programas, por lo que una vez instalados los mismos se podía iniciar el intercambio y descarga de archivos. De igual forma, estos programas estaban orientados a archivos de todo tipo, y no necesariamente a aquellos en formato MP3 utilizados en *Napster*.

⁸¹ SÁNCHEZ ARISTI, R. 2007. *Op. Cit.*, p. 108.

Tanto *Grokster* como *StreamCast* comenzaron utilizando la tecnología *FastTrack*. Dicha tecnología se basaba en un protocolo de red semi centralizada, la cual como se señalaba anteriormente, dio origen a los super nodos. El usuario que iniciaba la búsqueda de un archivo se conectaba con el super nodo que hubiese sido más fácilmente accesible, el que conducía la búsqueda de sus índices y proveía de resultados al usuario.

Posteriormente, *StreamCast* dejó de utilizar el protocolo *FastTrack*, y pasó a utilizar su propia versión denominada *Morpheus*, la cual provenía de un protocolo de código abierto denominado *Gnutella*, siendo éste una tecnología de red P2P descentralizada.

A diferencia de *Napster*, los operadores de estos programas obtenían ganancias por la publicidad que existía en las páginas donde se descargaban los programas. Mientras más usuarios descargaban el programa, mayor era la ganancia obtenida por publicidad.

B) Demanda contra *Grokster* y *StreamCast* y razonamiento de los tribunales de primera y segunda instancia.

A diferencia de lo ocurrido con *Napster*, tanto el tribunal de primera⁸² como el de segunda instancia⁸³ fallaron en este caso a favor de los operadores de programas P2P.

⁸² METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. 25 abril 2003. Tribunal de Distrito del Centro de California. 259 F. Supp. 2d 1029.

⁸³ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. 19 agosto 2004. Corte de Apelación del Noveno Circuito. 380 F.3d 1154.

Los demandantes eran los titulares del *copyright* de las obras que circulan por los programas y redes de los demandados. Entre ellos se encontraban compositores, editores musicales y estudios cinematográficos, quienes argumentaban que eran titulares de los derechos de la mayoría de las obras antes señaladas. Alegaban que más del 90% de los archivos intercambiados por medio del programa P2P distribuido por los demandados involucraban material protegido por *copyright*, 70% del cual era propiedad de los demandantes. En base a lo anterior, los demandados serían responsables por infracción indirecta al *copyright* producto de la infracción directa de sus usuarios. De ahí que solicitaron indemnización de perjuicios y el cese de la actividad infractora.

Los demandados no negaron que sus usuarios infringían en ese entonces el *copyright* de los demandantes, y menos aún la responsabilidad de los mismos, por lo que el tribunal de primera instancia concedió un juicio sumario para debatir los asuntos controvertidos. Ambos tribunales comenzaron analizando el tipo de programa que eran *Gorkster* y *StreamCast*, llegando a la conclusión de que, a diferencia de *Napster*, no existían redes centralizadas.

a) Responsabilidad contributiva

Se realizó primeramente un análisis de los elementos que componen este tipo de responsabilidad, y que fueron señalados anteriormente en el caso *Napster*.

Sobre el conocimiento de la actividad infractora de los usuarios por parte de los demandados, el análisis debía partir obligatoriamente en base al precedente impuesto en el caso *Sony*, y que fue empleado en el caso *Napster* para dar lugar a la demanda en ese

entonces. Así “en *Sony-Betamax*, la Corte Suprema sostuvo que la venta de grabadores de cintas de video no podía dar lugar a responsabilidad por infracción concurrente –o contributiva- de la propiedad intelectual aun cuando el demandado supiera que las máquinas estaban siendo usadas para cometer infracciones”.⁸⁴ La Corte Suprema se basó en la doctrina del “artículo principal del comercio”, propio de la ley de patentes norteamericana. Dicha doctrina postula que “sería suficiente para desestimar una demanda de infracción concurrente al derecho de autor que el demandado demostrara que el producto fuese capaz de tener usos no infractores comercialmente significativos”.⁸⁵

De ahí que, si un programa o aparato puede tener usos no infractores comercialmente significativos, el conocimiento implícito (o constructivo) de la infracción no puede ser imputado a quien no comete la infracción directa, aunque supiera que dicho aparato pudiese ser utilizado para cometer la infracción. Por lo tanto, el único conocimiento imputable es aquel que es cierto y concreto, esto es, el distribuidor del artefacto o invento debe saber específicamente que se cometió la infracción, y no que eventualmente se pueda cometer. Por otra parte, si el programa o aparato no es capaz de tener usos no infractores comercialmente significativos, basta probar que el tercero tiene un conocimiento implícito.

El tribunal de distrito consideró que no existía controversia en cuanto a si los programas eran capaces de tener usos no infractores comercialmente significativos,

⁸⁴ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Tribunal de Distrito del Centro de California. Op. Cit. (la traducción es propia)

⁸⁵ *Ibid.* (las comillas han sido eliminadas y la traducción es propia).

puesto que ese hecho fue probado por los demandados sin mayor oposición de los demandantes.⁸⁶ Por lo tanto, los demandantes tenían la carga de acreditar que los demandados tenían conocimiento específico de la infracción a la época que contribuyeron a ella, lo que no lograron hacer.⁸⁷ Lo que en definitiva permitió que los jueces desestimen la existencia del conocimiento requerido fue el hecho de que ambos programas no eran centralizados, debido a que no tenían un servidor central, haciendo imposible a los operadores de programas el poder de monitorear los archivos, y así no se podía lograr el conocimiento requerido.

En lo que respecta a la contribución material del tipo de responsabilidad en cuestión, ambos tribunales coincidieron en que no se cumplieron los requisitos para imputar la misma, ya que a diferencia de *Napster*, los demandados no proveían ni el sitio ni las facilidades para la infracción. El argumento central para concluir esto radicó nuevamente en el hecho que los demandados carecían de un servidor central, por lo que no almacenaban ni los archivos ni los índices de los mismos y de los usuarios, como sí lo hacía *Napster*. Por otro lado, ambos tribunales consideraron que eran los usuarios de los programas quienes crearon la red P2P mediante diversos medios de Internet. Así, fueron los mismos usuarios quienes finalmente albergaron la lista de archivos infractores, siendo ellos los responsables directos de las infracciones.

⁸⁶ Aun así, como se verá posteriormente, en el fallo de la Corte Suprema se evidenció que no existe acuerdo en cuanto a qué significa específicamente el término usos no infractores comercialmente significativos en estas materias, pues no existe un rango concreto al cual deban ascender dichos usos.

⁸⁷ Para acreditar dicho conocimiento, los demandantes acompañaron avisos efectuados a los demandados una vez cometidas las infracciones. Dichos avisos no fueron relevantes tanto para el tribunal de primera como el de segunda instancia, ya que no habrían impedido que se cometieran las infracciones, puesto que fueron enviados tardíamente.

b) Responsabilidad vicaria

Al igual que en la responsabilidad contributiva, los tribunales *a quo* y *ad quem* analizaron si se cumplían los requisitos propios de ese tipo de responsabilidad. Respecto de la infracción directa de los usuarios, cabe recordar que no había duda sobre su existencia.

En lo que concierne al derecho y la facultad de supervisar por parte del operador de los programas, en *Napster* se concluyó que aquella existía, pues el operador del programa controlaba los índices centrales de los archivos y tenía la facultad de cerrar y bloquear las cuentas de los usuarios, al tratarse de un programa centralizado. Por el contrario, en este caso tanto el tribunal de distrito como la Corte de segunda instancia concluyeron que “no aparece ninguna evidencia en el expediente que alguno de los demandados tuviese la facultad para bloquear el acceso de usuarios individuales”.⁸⁸

Debido a que *Grokster* no exigía en ese entonces registro en un servidor central ni acceso a través del mismo, “no tenía la facultad para cancelar realmente el acceso a las funciones que permitan compartir archivos, tampoco para imponer una actualización general y obligatoria del programa a un usuario que la rechaza, o intentar bloquear una dirección IP”.⁸⁹

Por otro lado, *StreamCast* funcionaba en base a un acuerdo de licenciamiento con *Kazaa*, por lo que no tenía la facultad de ordenar que la red sea cerrada, ya que este último

⁸⁸ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Tribunal de Distrito del Centro de California. Op. Cit. (la traducción es propia).

⁸⁹ *Ibid.* (la traducción es propia).

es quien proveía la tecnología de acceso de *StreamCast*. En conclusión, el aspecto relevante fue nuevamente la arquitectura de ambos programas, ya que como se ha dicho, carecían de servidor central que les permitiese monitorear las actividades de los usuarios.

El último elemento de este tipo de responsabilidad es el interés económico en la actividad infractora, el cual nunca estuvo en duda, pero no era suficiente para atribuir responsabilidad si concurre por sí solo.

c) “Hacer vista gorda” frente al incumplimiento

Los demandantes invocaron una nueva causal de responsabilidad, la cual ha sido utilizada en algunos casos de la jurisprudencia norteamericana. Consiste básicamente en hacer responsable secundariamente a alguien que, teniendo el derecho y la facultad de supervisar y controlar, omite realizar dichas acciones, de ahí que se ha traducido al castellano como “hacer vista gorda a los actos infractores”. La Corte concluyó que no existía tal teoría como un elemento o tipo de infracción secundaria al *copyright*, por lo que el argumento fue rechazado.

En conclusión, la demanda fue desestimada pues los demandantes no lograron acreditar que se habían cumplido los requisitos de los tipos de responsabilidades invocados, por lo que el caso pasó a ser visto por la Corte Suprema norteamericana a petición de los titulares del *copyright*.

C) Decisión de la Corte Suprema

MGM y los demás demandantes acudieron a la Corte Suprema⁹⁰ estadounidense tras la dictación del fallo de segunda instancia, pasando el caso a su conocimiento el 27 de junio de 2005.

El máximo tribunal estadounidense se manifestó a propósito del recurso interpuesto por los titulares de derecho, señalando que era indispensable “determinar en qué circunstancias cabe imputar responsabilidad al distribuidor de un producto que puede emplearse para usos lícitos e ilícitos, por las infracciones al *copyright* cometidas por terceros mediante el uso de ese producto”.⁹¹ Para poder determinar dichas circunstancias, era necesario acudir al precedente asentado en el caso *Sony*, precedente que en opinión de la Corte Suprema fue aplicado incorrectamente en primera y segunda instancia.

La Corte Suprema no era ajena a que un fallo de estas dimensiones debía ponderar tanto la protección al desarrollo e incentivo de las nuevas tecnologías, como la protección a los legítimos derechos de los titulares del *copyright*.

Ahora bien, para la correcta aplicación del caso *Sony*, hay que partir de la idea de que la sola distribución de un producto que pueda ocasionar la infracción al derecho de autor puede, en principio, originar responsabilidad por infracción indirecta al *copyright*. En *Sony* se demostró que las copias eran realizadas para el ya mencionado *time-shifting*, el que estaba amparado por el *fair use*. De ahí que la Corte Suprema estimó que en ese caso no había intención por parte de *Sony* en infringir el derecho de los titulares. Por otro

⁹⁰ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. 27 junio 2005. Corte Suprema de Estados Unidos. 545 U.S. 913.

⁹¹ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Corte Suprema de Estados Unidos. *Op. Cit.* (la traducción es propia).

lado, se concluyó que el *Betamax* era susceptible de usos no infractores comercialmente significativos⁹², por lo que debía probarse su conocimiento específico o concreto o de lo contrario corresponde absolver al demandado.

Ahora bien, en opinión de la Corte Suprema, ese estándar era inaplicable en este caso de la forma que lo hicieron los tribunales de primera y segunda instancia, quienes aplicaron erróneamente la doctrina del caso *Sony*. La Corte Suprema consideró que la distribución del programa P2P se había realizado con la intención de promover o incitar la comisión de actividades infractoras, a diferencia de *Sony*.

Para llegar a tal conclusión, se remitió a la prueba rendida por la demandante, la que daba cuenta de la existencia de diversa publicidad de las demandadas que promocionaba el uso infractor de los programas. Aquella vendría a ser acorde al precedente asentado en diversa jurisprudencia norteamericana, en el sentido que un demandado puede ser condenado por infracción indirecta al *copyright* si mediante publicidad incentiva o promueve la infracción, teoría que en la doctrina de ese país es denominada teoría de la inducción o *inducement liability*.

⁹² Cabe destacar en este punto los votos concurrentes de la jueza Ginsburg y el juez Breyer. La primera considera que en este caso los demandados se apartaron del estándar impuesto en *Sony*. A su juicio, los programas de los demandados no eran capaces de tener usos no infractores comercialmente significativos como lo demostró *Sony*. Para llegar a dicha conclusión, el análisis no debe realizarse sobre el porcentaje de uso infractor y aquel que no lo es, sino en base al volumen total de ambos. Así, lo relevante no es si el 10% de obras que circulaban por los programas de los demandantes podía ser considerado un uso no infractor comercialmente significativo, sino que la cantidad de obras protegidas que eran intercambiadas ascendían a una suma abrumadora. El juez Breyer igualmente efectuó un voto concurrente, aunque disintió del voto de la jueza Ginsburg en cuanto a la fundamentación. Para él, los usos no infractores de los programas de los demandados eran similares a los de *Sony*. Concluye eso en base a que los usos lícitos de Sony llegaban a un 9%, muy similar al 10% del programa de los demandados, pero considera que los operadores de programas igualmente son responsables bajo la teoría de la inducción. En definitiva, pareciera ser que no existe acuerdo en cuanto a cuando hay y cuando no hay un uso no infractor comercialmente significativo.

La Corte Suprema estimó que existían actos específicos permitían demostrar la culpabilidad de los demandados en inducir a la infracción. Es así como “es indiscutible que *StreamCast* transmitía avisos publicitarios que llegaban a la pantalla de las computadoras de quienes usaban programas compatibles con *Napster* y en los que invitaba a la adopción de su propio programa, *OpenNap*, diseñado, como su nombre lo indica, para atraer a los clientes de *Napster*, que en ese entonces estaba siendo juzgado en los tribunales por facilitar infracciones masivas. A quienes aceptaban el programa *OpenNap* de *StreamCast*, se les ofrecían programas informáticos que brindaban los mismos servicios, servicios que, tal como podría determinar cualquier investigador, bien podrían haberse entendido en el mercado de *Napster* como aptos para descargar archivos de música sujeta a *copyright*. *Grokster* distribuía un boletín electrónico que contenía enlaces a artículos en los que se promovía la capacidad de su programa de acceder a música popular sujeta a *copyright*. Y todo aquel cuyas búsquedas en *Napster* o de intercambio libre de archivos arrojaran por resultado un vínculo a *Grokster* habría entendido que *Grokster* ofrecía la misma capacidad para intercambiar archivos que *Napster* y a las mismas personas que probablemente utilizaran *Napster* para efectuar descargas ilícitas”.⁹³

Por otro lado, el hecho de no haber creado mecanismos que filtren los archivos que contenían material protegido también fue considerado una conducta reprochable, sobre todo si se indujo a la infracción. Si bien este elemento por sí solo no daría cuenta

⁹³ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Corte Suprema de Estados Unidos. *Op. Cit.* (el destacado y la traducción es propio).

de la inducción, sí permitió concluir de manera más certera que los demandantes incentivaron la infracción.

Finalmente, la Corte Suprema estimó que el interés económico de los demandados demostró igualmente la intención de promover la infracción de los usuarios, pues el sistema de ganancias dependía de la actividad infractora, ya que la mayoría de los usuarios accedía a las páginas de descarga para compartir archivos de manera ilegal, lo que tenía una relación directa con las ganancias obtenidas por publicidad.⁹⁴ Aquello iba de la mano con la falta de herramientas de filtrado, pues al incorporar estas últimas, la cantidad de usuarios disminuiría, lo que repercutiría en las ganancias por publicidad.

En definitiva, la Corte acogió las peticiones de los demandantes y reenvió el fallo a la Corte de Apelaciones para que dicte otro fallo acorde al de la Corte Suprema. Aun así, los demandados llegaron a un acuerdo con las demandantes, en virtud del cual desembolsaron cincuenta millones de dólares.⁹⁵

4. Universal Music Australia Pty Ltd. & ors v. Sharman License Holding Ltd. & ors.

⁹⁴ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Corte Suprema de Estados Unidos. *Op. Cit.* Sobre este punto se realizará un análisis detallado posteriormente, examinando si debe existir una relación directa o no entre la ganancia y la actividad infractora para catalogar dicha conducta como reprochable.

⁹⁵ SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, p. 126.

Nuevamente fue la industria del ámbito musical y cinematográfico, pero esta vez la ubicada en Australia, quien demandó ante los tribunales de ese país a la empresa *Sharman Networks*, dueña y operadora del programa P2P *Kazaa*, en conjunto con *Altnet*, empresa que operaba la red *Joltid Peer Enabler*, tipo de plataforma que ofrecía archivos para su descarga directa. A diferencia de las sentencias estudiadas con anterioridad, en este caso sólo un tribunal de primera instancia dictó sentencia⁹⁶, ya que tanto demandantes como demandados llegaron posteriormente a un acuerdo.

En cuanto al funcionamiento de *Kazaa*, éste operaba en base a dos modalidades de programas: En primer lugar, existía un programa gratuito de red P2P semi centralizada. En segundo lugar, existía una aplicación de pago, en la cual los usuarios podían acceder a una plataforma de descarga directa exenta de publicidad. El protocolo aportado por *Altnet* era el que permitía el funcionamiento de la plataforma de descarga directa, donde la empresa contaba con los permisos de los titulares del *copyright* de las obras que ofrecía. Sin embargo, en la plataforma de pago también era posible descargar archivos puestos a disposición por usuarios y que no contaban con la autorización de los titulares de derechos.

Antes de continuar con el análisis de la sentencia del tribunal australiano, es relevante señalar que el derecho de ese país difiere en cuanto a la normativa y los principios analizados respecto de la casuística estadounidense. En efecto, en estos casos de infracción al *copyright* por parte de terceros intermediarios se debe acudir a dos

⁹⁶ UNIVERSAL MUSIC AUSTRALIA PTY LTD. & ORS v. SHARMAN LICENSE HOLDING LTD. & ORS. 05 septiembre 2005. Corte Federal australiana de la ciudad de Sidney. [2005] FCA 1242.

teorías: a) la teoría de la autorización (*authorization*) de la infracción al *copyright*; y b) los principios generales que rigen el *common law* respecto a la casuística de cuando existe pluralidad de infractores.⁹⁷

Respecto de la teoría de la autorización, el sistema legal australiano entiende que la infracción al *copyright* puede ocurrir de dos formas: de manera directa mediante el actuar del infractor; o de manera indirecta, autorizando a otro a realizar la infracción.⁹⁸

El concepto de autorización no dice relación necesariamente con un vínculo de subordinación o dependencia, como lo hace la legislación nacional al tratar la responsabilidad por el hecho ajeno, aunque se ha utilizado ese tipo de vínculo por la jurisprudencia de ese país. Las cortes australianas han interpretado el concepto en base al sentido natural y obvio que señala el diccionario, esto es, el permitir o aprobar la realización de un acto concreto. Así, en el caso *Wilden Pump & Engineering Co v. Fusfeld* se concluyó que la realización de un pedido para la fabricación de artículos que infringían el *copyright* de determinados dibujos era capaz de constituir una autorización de los actos infractores.⁹⁹

Con la enmienda hecha a la *Copyright Act* australiana en el año 2000, se adicionó la sección 36 (1 A), la que contiene un listado de factores que deben ser considerados por una corte para determinar si una persona ha autorizado la infracción al *copyright*, a saber:

⁹⁷ GINSBURG, J. y RICKETSON, S. 2006. Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling. [en línea] Legal Studies Research Paper No. 144 <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=columbia_pllt> [consulta: 10 septiembre 2014] p. 10.

⁹⁸ *Ibid.*, p.10.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 14.

“a) El poder del sujeto en cuestión para prevenir la infracción; b) La naturaleza de la relación que une a quien permite la infracción y el infractor mismo; y c) Si el autorizante adoptó medidas para prevenir o evitar la infracción, atendiendo a los códigos propios de la industria a la que se está en presencia”.¹⁰⁰

Por otro lado, en cuanto a los principios generales del *common law*, en casos de pluralidad de infractores se ha señalado que, en términos generales, aquellos se corresponderían con la responsabilidad contributiva de la jurisprudencia norteamericana analizada.¹⁰¹ Estos principios dicen relación con la responsabilidad que se les puede imputar a aquellos individuos que facilitan, inducen o incentivan la infracción, debiendo eso sí existir algún concierto o acuerdo previo entre los mismos. Este último aspecto es el que impide imputar este tipo de responsabilidad en infracciones mediante redes P2P, pues no existe acuerdo entre los usuarios y el operador del programa.¹⁰²

Continuando con la decisión del tribunal australiano, fue determinante para la misma el tercer elemento señalado de la sección 36 (1 A) de la *Copyright Act* australiana, esto es, las posibles medidas que pudo haber empleado el operador del programa para evitar las infracciones de sus usuarios.

En primer lugar, el tribunal de primera instancia consideró que los avisos de precaución que tenía el programa en su página de Internet, y que alertaban a los usuarios

¹⁰⁰AUSTRALIA. S-I. 1968. *Copyright Act* australiana, Sección 36, 1968 (S-I). [En línea] <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/> [consulta: 28 octubre 2014]

¹⁰¹ GINSBURG, J. y RICKETSON, S. *Op. Cit.*, p. 15. (la traducción es propia).

¹⁰² *Ibid.*, p.16.

respecto de las posibles infracciones, fueron totalmente ineficaces para prevenir aquellas.¹⁰³

En segundo lugar, existían medidas técnicas que si bien no impedían la infracción, ayudaban a disminuir el intercambio ilícito de archivos, las que no fueron implementadas por las demandadas. Lo anterior fue una conducta evidente de las demandadas a juicio del tribunal, pues habría implicado una menor ganancia para las mismas por conceptos de publicidad.¹⁰⁴

Finalmente, tanto *Sharman Networks* como *Altnet* contenían en la página de *Kazaa*, mensajes que incentivaban a los usuarios a realizar el intercambio de archivos, tales como “únete a la revolución”, criticando a las compañías titulares de derechos por oponerse a los programas P2P. Estos mensajes eran destinados a una audiencia que en su mayoría era joven e influenciable, por lo que fueron tenidos como determinantes.¹⁰⁵

La decisión de condenar a los demandados se fundamentó en el hecho que los demandados facilitaron la infracción al *copyright* de sus titulares; y además fallaron en prevenir los actos contrarios a derecho. La sentencia ordenó el cese de la autorización por parte de los demandados, dándoles dos meses para poner término a las infracciones. Lo destacable es que la sentencia no ordenó el cierre de *Kazaa*, sino que su modificación para que así se ajuste a derecho, exigiéndole un mayor deber de filtrado. Finalmente, todo

¹⁰³ GINSBURG, J. y RICKETSON, S. *Op. Cit.*, p. 17.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 17.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 17.

terminó en un acuerdo extrajudicial, donde las demandadas se comprometieron a pagar más de 100 millones de dólares, e incorporar sistemas de filtro.

5. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) con elrincondejesus.com

Si bien el caso que se comentará se refiere, en su mayoría, a páginas que contienen enlaces que dirigen a un usuario a una red P2P¹⁰⁶, cabe destacar que igualmente hace referencia a los programas y redes P2P, destacándose por ser la primera sentencia civil que declara legales las redes P2P de descargas en España (lo que igualmente considera respecto de las páginas de enlace).¹⁰⁷

La Sociedad General de Autores y Editores española (SGAE), entidad encargada de la administración de los derechos de autor en España, demandó al titular de la página *web* “www.elrincondejesus.com”, solicitando se condene a este último a que cese o ponga término a la utilización de la mencionada página, y que le indemnice todos los daños ocasionados por la utilización no autorizada de las obras de su repertorio en la citada página.

¹⁰⁶ Actividad denominada *linking*, y que por su relevancia y extensión debe ser tratada en un trabajo diverso a este. Se recomienda la lectura de la memoria titulada “Linking: análisis de su práctica bajo la óptica del derecho de autor”, de Javier Aleuanlli Sánchez. (Aleuanlli S., J. 2014. Linking: análisis de su práctica bajo la óptica del derecho de autor. Memoria para optar al grado de licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. 120 p.)

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ, L. 2010. Las redes de intercambio de archivos P2P y las páginas con enlaces a ellas. legalidad y valoración tras una década de siglo XXI a partir de la sentencia n° 67/10 del Juzgado de lo Mercantil n°7 de La Coruña. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (143): 931-938, p.932.

La demandante alegó que en la página *web* del demandado se ofrecían obras del repertorio de la entidad administradora, sin tener la autorización para aquello, tanto bajo la modalidad de descarga directa, como también mediante la redirección a una red P2P. Señaló que la actividad de la demandada infringiría la Ley de Propiedad Intelectual, pues realizaría actos de reproducción, al alojar las obras en su página *web*; y de comunicación al público en su modalidad de puesta a disposición, ya que permitía su descarga, sin tener las facultades para ello.

Además, la demandante argumentó que la demandada permitiría a los usuarios reproducir obras protegidas bajo la modalidad del *streaming*, pero no lo hizo en el escrito de demanda, sino que en la etapa de juicio, por lo que el tribunal de primera instancia expresamente señaló que el fallo no abarcaría dicha materia.

La demandada se defendió argumentando que en la página *web* sólo existían enlaces a redes P2P, sin que almacene los archivos que contienen las obras del repertorio de la demandante. Por otro lado, no todas las obras que circulaban por la red P2P serían del repertorio de la demandante. Finalmente, la demandada se excusó en que no obtiene beneficio económico alguno con su actividad.

A) Sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia¹⁰⁸ fue dictada con fecha 9 de marzo de 2010. En ella el sentenciador estimó que con la actividad del demandado no se infringían los

¹⁰⁸ SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. 09 marzo 2010. Juzgado de lo Mercantil N°7 de Barcelona. Sentencia N° 67/10.

derechos de autor que invoca la demandante. En su opinión, “el sistema de enlaces o *links* que se ha descrito, desarrollado por el demandado en este caso, no supone ni distribución, ni reproducción, ni comunicación pública. Dicho de otra forma, enlazar en la web de la manera que lo hace el rincóndejesus.com no supone distribuir, ni reproducir, ni comunicar públicamente obras protegidas. La conducta desarrollada por el demandado es la de crear un índice que favorece y orienta a los usuarios para acceder a las redes de intercambio de archivos P2P mediante el sistema de menús, carteles o portadas con títulos de películas u obras musicales. Pero, en el sistema de protección regulado por la Ley de Propiedad Intelectual, adaptado a la normativa comunitaria, no se contiene previsión alguna que prohíba favorecer, permitir u orientar a los usuarios de la red de Internet que acceden a esta página, la búsqueda de obras que luego van a ser objeto de intercambio a través de redes P2P”.¹⁰⁹

Por otro lado, el tribunal consideró que, acorde al conjunto de prueba rendida por ambas partes, no se podía concluir que el demandado alojaba archivos en su página *web*. Por lo tanto, no podía atribuírsele responsabilidad por reproducir ni comunicar obras protegidas bajo esa modalidad, desestimando así la demanda en todas sus partes.

Si bien no fue objeto de la controversia del juicio, el tribunal español extendió su análisis a la descripción de los programas y redes P2P, concluyendo que son legales bajo la legislación española. Respecto a la actividad realizada en las redes P2P, señaló en el considerando tercero que “los comportamientos y actividades que se desarrollan en estas

¹⁰⁹ SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. Juzgado de lo Mercantil N°7 de Barcelona. *Op.Cit.*

redes no encuentran un acomodo claro y específico en los comportamientos que prohíbe la ley, en especial la reproducción, distribución y comunicación pública sin autorización. Por ello, la actividad desarrollada por el demandado difícilmente encuentra acomodo en los actos típicos de la Ley. Las redes P2P, como meras redes de transmisión de datos entre particulares usuarios de Internet no vulnera (sic) derecho alguno protegido por la Ley de Propiedad Intelectual. Hay parte del “gran almacén” que constituye el sistema de redes P2P, que contiene archivos que no son protegidos. También hay obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos y hay obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Por tanto, resulta necesario delimitar claramente obras protegidas y comportamientos que pueden infringir la LPI, cosa que no se ha realizado en este caso”.¹¹⁰

El tribunal concluyó además que es no es dable pretender identificar a los usuarios mediante una petición de entrega de datos a los ISP con ese propósito.¹¹¹ Finalmente,

¹¹⁰ SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. Juzgado de lo Mercantil N°7 de Barcelona. *Op.Cit.*

¹¹¹ El considerando tercero profundiza en este punto, señalando que “además, hay que tener en cuenta, por otra parte, la imposibilidad en el actual marco legislativo, de que en un procedimiento civil y en la tutela de los derechos de autor, pudiera llegar a identificarse a los particulares o usuarios de estas redes a través de las empresas suministradoras del servicio y de la dirección IP, para poder luego averiguar qué obra o archivos son descargado, cuál es su procedencia o su utilización y cómo se realiza la descarga por cada usuario en concreto. Así lo indica la sentencia de la AP de Barcelona, sección 15 de 15 de diciembre de 2009, con cita de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de fecha 29 de enero de 2008 (asunto PROMUSICAE al cual se hará referencia más adelante), al señalar que “se aprecia que en nuestro derecho no existe ningún deber legal de colaboración impuesto a las entidades suministradoras de acceso a Internet para suministrar la información interesada por la actora, para justificar una reclamación civil. Y la ausencia de este deber no contraía la normativa comunitaria, que restringe dicho deber de colaboración únicamente en relación con la persecución de delitos, sin perjuicio de la valoración que el legislador nacional pudiera realizar a la hora de introducir este deber de colaboración para proteger los derechos de propiedad intelectual en caso de infracciones civiles”. Sobre este punto se mencionarán algunas consideraciones posteriormente, en lo relativo a la responsabilidad civil de los usuarios que comparte archivos que contienen obras protegidas.

consideró que el intercambio sin autorización de archivos que contienen obras protegidas sería una actividad lícita, pues se ampara en la excepción de copia privada¹¹² y la actividad de los usuarios no encuadraría perfectamente en el tipo legal.¹¹³

B) Sentencia de la Audiencia Provincial

¹¹² Razonamiento desarrollado en el considerando tercero, el que señala que “respecto del límite de la copia privada es preciso añadir que el art.31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente. En el marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red. La copia de la obra una vez descargada mediante el sistema de intercambio privado queda guardada en el disco duro del ordenador o bien es grabada en un CD, DVD regrabable o en un disco duro portátil. Y es preciso recordar en este punto, que precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el art. 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redundan en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra”. En opinión de Luis Rodríguez Moro, el razonamiento expuesto es criticable por interpretar erróneamente el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual (RODRÍGUEZ, L. *Op. Cit.*, p. 934).

¹¹³ En el considerando cuarto de la sentencia, el tribunal señala que “mediante las redes P2P se produce una puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares y, al menos, potencialmente, aunque no se haga una efectiva bajada por parte de otros usuarios. Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas. Sin embargo, de nuevo, el tipo legal no cuadra exactamente y en todo los casos con el comportamiento de los usuarios de tales redes, puesto que, por un lado, en la mayoría de los casos el usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas. También es perfectamente posible que el sistema permita al usuario impedir la subida de datos desde su equipo, aunque realice descargas al mismo tiempo o que el propio usuario elimine de su disco duro las obras que podrían ser objeto de descargas por otros usuarios. A ello se ha de añadir, como se ha indicado, que puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras que cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Y a todo ello se ha de añadir la imposibilidad actual de identificación de los usuarios en el marco del procedimiento civil en el sentido aludido. En definitiva, no hay que olvidar que se trata de un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto (pues difícilmente puede establecerse una necesaria relación de causalidad entre descarga y ausencia de compra de la obra) a través de un medio como es la red de Internet, que a diferencia de otras tecnologías obsoletas (intercambio o copia de cassette a cassette), se ha tornado masivo y de ámbito mundial, como también lo es la distribución, por el mismo medio, publicidad, acceso y comunicación autorizada de obras por sus autores y gestores con los correspondientes beneficios económicos y de difusión cultural”.

La SGAE dedujo recurso de apelación contra el fallo comentado, el cual fue acogido parcialmente en sentencia¹¹⁴ de fecha 24 de febrero de 2011.

En primer lugar, la recurrente argumentó nuevamente que en la página *web* del demandado de autos se podían efectuar descargas directas y reproducciones de obras vía *streaming*, sin autorización de los titulares de derechos. Si bien el tribunal de primera instancia no se manifestó en lo referido a la comunicación vía *streaming*, por considerar que no se hizo referencia a ella en la demanda, la recurrente consideró lo contrario, pues dicha demanda hacía alusión a actos de comunicación en general mediante la página *web* del recurrido, y los mismos habrían sido debidamente acreditados.

En segundo lugar, se discutió sobre la legalidad de la actividad de proporcionar enlaces en la página *web* a redes P2P. En este punto, la recurrente alegó que el hecho de facilitar los enlaces implica un acto de colaboración en la reproducción y puesta a disposición del público, pudiendo entenderse igualmente como una conducta de puesta a disposición contemplada en la Ley de Propiedad Intelectual, siendo una conducta ilegal. Así, acorde a su criterio, el tribunal de primera instancia habría fallado erróneamente al desconocer aquello.

En lo relacionado con la reproducción y la descarga directa, el tribunal de segunda instancia difiere de la apreciación a la prueba efectuada por el de primera instancia, pues consideró que en la página *web* del demandado sí podían descargarse directamente archivos (y por ende aquel sitio sí alojaba aquellos, aunque no queda claro si la

114 SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. 24 febrero 2011. Sección 15° de la Audiencia Provincial de la ciudad de Barcelona. Sentencia N° 82/2011.

demandada los subió personalmente); y además podían reproducirse obras bajo la modalidad del *streaming*. Dicho lo anterior, el sentenciador llegó a la conclusión de que ambas conductas implican una infracción al derecho de puesta a disposición del público de las obras, independiente de quién haya sido el que subió aquellas al sitio *web* del demandado.

Aun así, el tribunal de segunda instancia, al igual que el de primera, estimó que no procede condenar al demandado a indemnizar los perjuicios que provienen de la infracción al derecho de puesta a disposición al público de la obra bajo la modalidad del *streaming*, pues la demandante no habría específicamente solicitado aquello en su demanda. Es por esto que, finalmente condena únicamente al demandado a indemnizar el perjuicio correspondiente al beneficio económico dejado de obtener por la demandada, al no percibir la remuneración que le correspondía por licenciar o permitir la descarga directa.

En lo referido a la actividad de facilitar enlaces o *links* a redes P2P, el tribunal de segunda instancia consideró que el razonamiento del tribunal *a quo* había sido correcto, por lo que rechaza el recurso de apelación en esta parte.

En cuanto a las redes P2P propiamente tal, el tribunal analizó el actuar de los usuarios, señalando que en “una red de archivos compartidos p2p, quien, disponiendo de un archivo musical o de una película, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente p2p, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del art. 31.2

TRLPI (*de copia privada*) pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto en el art. 20.2.i TRLPI”.¹¹⁵

Este argumento que consideró culpables a los usuarios de redes P2P por infringir el derecho de autor al compartir y descargar obras protegidas sin la autorización requerida, difiere de lo señalado por el tribunal de primera instancia, para quien dichos actos no constituían infracción.

Actualmente el autor de este trabajo desconoce si existe una sentencia de la Corte Suprema española que se pronuncie respecto de este caso, pero al parecer aun no la hay.

6. COMENTARIOS FINALES REFERIDOS A LA JURISPRUDENCIA ANALIZADA

Habiéndose examinado cinco casos de la jurisprudencia extranjera, se pueden extraer algunas conclusiones que serán relevantes a la hora de examinar estos programas y redes bajo la normativa nacional.

En primer lugar, es importante tener en claro los supuestos fácticos presentes en el intercambio de archivos a través de programas y redes P2P. La compartición y posterior descarga de los mismos, siempre es efectuada por el usuario, pues él es quien de propia

¹¹⁵ SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. Sección 15º de la Audiencia Provincial de la ciudad de Barcelona. *Op. Cit.*

mano los comparte poniéndolos en una carpeta que lo permite; y él es quien de igual forma realiza la búsqueda y efectúa la descarga de los mismos, siendo el único capaz de cometer la infracción directa al derecho de autor, porque en definitiva, es quien “sube” y “baja” los archivos a Internet.

Por otro lado, el operador del programa P2P no efectúa el acto de reproducción ni el de puesta a disposición, ni personalmente ni de directamente, ya que sólo se limita a distribuir una tecnología que permite concretar infracción, por lo que vendría a ser un intermediario en el proceso de intercambio. Además, el operador del programa P2P no almacena archivo alguno, a diferencia de los usuarios. Por lo tanto, es evidente que estamos en presencia de dos supuestos de hecho totalmente distintos.

En segundo lugar, las teorías de infracción indirecta antes señaladas, propias del *common law*, responden a la idea de que es imposible perseguir civilmente a todos los infractores directos en casos de infracción realizada por múltiples individuos. Estas teorías buscan beneficiar al demandante de infracción, permitiéndole dirigirse contra una persona determinada, cumpliendo así un papel similar a lo que vendría a ser la solidaridad pasiva para el titular de la acción de indemnización de perjuicios en la legislación nacional. Como se analizará más adelante, estas teorías no han sido reconocidas por la doctrina y jurisprudencia nacional y a lo más pueden servir como ilustradoras para futuros casos que ocurran en Chile.

En tercer lugar, es fundamental determinar si en un caso concreto se está en presencia de redes P2P centralizadas, descentralizadas o mixtas. Como se explicó

anteriormente, no es banal la diferencia de arquitectura que existe entre unas y otras, ya que elementos como el conocimiento, la facultad de control y la posibilidad de realizar actos de filtrado pueden ser determinantes a la hora de imputar responsabilidad extracontractual producto de eventuales infracciones. Sobre este punto se hará referencia en el capítulo VI de este trabajo.

Un cuarto aspecto se refiere a que cuando se tratan casos como los señalados, siempre debe existir un balance entre los conceptos de innovación, desarrollo tecnológico y el derecho de autor. Estos conceptos son empleados como piedra angular de los argumentos a favor o en contra de la tecnología P2P, ya que lo lógico es que los titulares de derechos de autor actúen en beneficio de sus intereses, pero ese argumento puede desincentivar la creación de tecnología tendiente a la difusión de información relacionada con la propiedad intelectual en general. De ahí que, necesariamente debe existir un equilibrio entre ambos, el cual sólo puede ser mermado cuando la infracción a los derechos de autor sea patente, absurda, carente de toda lógica o totalmente arbitraria.

En quinto lugar, tras la experiencia norteamericana pareciera ser que existe una sensación de que estos programas y redes sólo sirven para permitir la infracción al derecho de autor. Pareciera ser que desde *Napster*, los programas y redes P2P han adquirido una imagen de ser una tecnología ilegal *per se*; esto porque que los operadores de programas han sido condenados por infringir el *copyright* al participar en la difusión de obras protegidas. Los casos en cuestión han tenido difusión a nivel tanto nacional como internacional, por lo que las teorías de responsabilidad aplicadas pueden tener influencia en muchas legislaciones a nivel mundial.

En base a esto, no resultaría extraño leer a autores que consideren que los operadores de programas sean responsables civilmente por infracción a los derechos de autor por el sólo hecho de poner a disposición al público en Internet el programa P2P. En opinión del autor de este trabajo, hay que ser enfático en que la tecnología en sí no es ilícita, sino que los usos que las personas le dan a ésta son los ilícitos. Los jueces deberán ser cautelosos a la hora de utilizar los fallos comentados para fundamentar sus decisiones, dado que las redes P2P son un excelente medio de difusión de las obras en particular y de la información en general. En este orden de las ideas, los ciudadanos tienen el derecho de acceso a la información y la cultura, siendo estos programas una tecnología óptima para su difusión, pero respetando ciertos límites, como lo es el derecho de autor.

CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE AUTOR CHILENO

1. Consideraciones previas: El derecho de autor y el bien jurídico protegido en el ordenamiento jurídico nacional

El dominio o propiedad es un derecho real acorde al artículo 577 del Código Civil (de ahora en adelante CC), y está regulado concretamente en los artículos 582 y siguientes. El artículo 582 se refiere al dominio sobre cosas corporales, el artículo 583 sobre las incorporales y finalmente el artículo 584 lo hace sobre las producciones del talento o del ingenio, señalando que son una propiedad de sus autores.

El derecho de autor resguarda un tipo de propiedad, la que acorde al CC, se tiene respecto de las producciones del talento y del ingenio, y que en definitiva son un tipo de bien inmaterial. En esta línea, el artículo 19 número 25 de la Constitución Política de la República (de ahora en adelante CPR) señala que “el derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley”.

De esta forma, para el CC y la CPR el bien protegido por el derecho de autor es en definitiva la propiedad, pero no cualquier propiedad, sino que, en principio, la propiedad como una obra o creación intelectual manifestada. Aun así, “el bien jurídico protegido a través de las sanciones previstas en esta ley, a pesar de su denominación, es

mucho más amplio de lo que el término sugiere, y no se refiere sólo a la propiedad en su sentido dominical, sino al llamado por la CPR derecho de autor, que incluye, por cierto, la propiedad en sentido estricto, pero se extiende además a los otros derechos de paternidad, edición e integridad de la obra, que la ley denomina derechos morales del autor, y también a los derechos que la ley otorga a los titulares de los derechos conexos. Más aún, se extiende esta protección, no solamente a aquellos derechos de que es titular el autor, sus herederos o cesionarios, sino también a aquellos de los cuales es titular la sociedad toda, como son los relativos al patrimonio cultural común”.¹¹⁶

Todo lo antes dicho deriva en la redacción de los artículos 1 y 2 de la Ley de Propiedad Intelectual (desde ahora LPI), que tratan el objeto de protección del derecho de autor desde la perspectiva de la legislación especial.¹¹⁷

Dicho todo lo anterior, y en base a las disposiciones del CC, lo prescrito por la CPR y el ámbito de protección de LPI como ley especial en la materia, el objeto de protección del derecho de autor en la legislación nacional es la obra como una propiedad

¹¹⁶ MAHÚ, J. ilícitos Civiles y Penales en materia de Derechos de Autor. Medidas Cautelares. [en línea] <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Ilicitos%20civiles%20y%20penales.pdf> [consulta: 05 septiembre 2014] p. 16.

¹¹⁷ En efecto, el artículo 1 señala que “[l]a presente ley protege los derechos que, por el solo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina. El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.” Por otro lado, el artículo 2 de la LPI viene a pronunciarse respecto de los denominados derechos conexos, y que al igual que la obra serán objeto del presente trabajo. Dicho precepto legal prescribe que “[l]a presente ley ampara los derechos de los autores, artistas, intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos y extranjeros domiciliados en Chile. Los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión extranjeros no domiciliados en el país gozarán de la protección que les sea reconocida por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique (...)”.

especial, abarcando tanto los derechos patrimoniales como morales que surjan por la creación de ésta, y los derechos conexos, cuyo ejercicio permite la divulgación de la obra misma.¹¹⁸

Ahora bien, la acción u omisión de un individuo puede ser acorde a la ley o contraria a la misma. Cuando un individuo realiza, sin autorización del titular de los derechos de autor o conexos (o titular de derechos)¹¹⁹, un acto de significación patrimonial respecto de la obra (por ejemplo, hace una copia de la misma), se dice que comete una infracción a estos derechos, lo que tiene su fundamento en el artículo 19 inciso primero de la ley 17.336, el que prescribe que nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor.¹²⁰

Un acto que infringe el derecho de autor o los derechos conexos, es un acto que atenta contra la propiedad privada del titular de los derechos. Pero, a diferencia de un acto lesivo contra un bien corporal, “las infracciones a los derechos de autor no significan para

¹¹⁸ En el Tratado de Derecho Civil, Alessandri, Somarriva y Vodanovic entienden que los derechos intelectuales son una emanación de la personalidad del creador, teniendo valoración patrimonial independiente. Lo anterior se traduce en considerar al derecho de autor como un derecho de la personalidad, y ha llevado a la doctrina a señalar que según el Código Civil Chileno, la propiedad intelectual (entendida como el género del derecho de autor) es un régimen legal especial con características propias, muchas de las cuales se asemejan a la propiedad, pero dicha coincidencia no implica que ambos regímenes tengan la misma naturaleza jurídica. La postura que se toma en este trabajo no discrepa de este argumento, sino que entiende que ambos deben ser complementados. Aun así, se ha optado por entender al bien jurídico protegido por el derecho de autor como un tipo de propiedad especial. (ALESSANDRI RODRÍGUEZ. A. et al. R. 1998. Tratado de derecho Civil, Parte Preliminar y General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. v.2, p. 333.)

¹¹⁹ De ahí que, de ahora en adelante se utilizará el concepto titular de derechos para hacer referencia tanto al titular de derechos de autor como conexos.

¹²⁰ Si bien el citado precepto legal sólo hace referencia al titular del derecho de autor, de un análisis sistemático de la LPI se puede interpretar que la conclusión es idéntica para el caso de los derechos conexos.

el que las padece la privación del bien o del derecho correspondiente, sino que constituyen sólo una agresión o invasión en el ámbito de las facultades reservadas al titular del derecho”.¹²¹ Es lógico concluir entonces que “los actos de violación operan como obstáculo o limitación ilegítimos al ejercicio del derecho, sin que éste sea perdido por el titular o extraído de su patrimonio, lo cual tendrá una especial importancia a la hora de revisar el daño causado”.¹²²

Dicho todo lo anterior, el presente trabajo está orientado a analizar la infracción a los derechos de autor y los derechos conexos desde la perspectiva de la apropiación indebida del bien inmaterial que resguarda la LPI. Como consecuencia de aquello, el ordenamiento jurídico contempla una serie de acciones que buscan resguardar y proteger la explotación legítima por parte del titular de los derechos respectivos.

En efecto, el artículo 19 de la LPI señala que “la infracción a lo dispuesto en este artículo hará incurrir a los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes”. El artículo 85 B. de la LPI prescribe que “el titular de los derechos reconocidos en esta ley podrá solicitar, entre otras acciones, las siguientes: a) el cese de la actividad ilícita, b) la indemnización de los daños patrimoniales y morales y c) La publicación de un extracto de la sentencia”. Más aún, como mecanismo alternativo de naturaleza cautelar sería procedente la acción de protección que contemplada la CPR. Finalmente, existen sanciones administrativas en la LPI.

¹²¹ MAHÚ, J. *Op. Cit.*, p.6.

¹²² *Ibid.*, p.6.

En este trabajo sólo se hará referencia a la acción de indemnización de perjuicios en sede extracontractual, como mecanismo de reparación del daño sufrido por el titular de derecho a consecuencia de la infracción. Respecto a la procedencia de la mencionada acción de indemnización, el CC es aplicable como ley supletoria en todo lo no contemplado por la LPI.¹²³

Por lo tanto, una acción u omisión culpable o dolosa que cause infracción al derecho de autor de autor o a los derechos conexos corresponde, en principio, a un delito o cuasidelito civil, y por ende da derecho a solicitar la indemnización por parte de la víctima, en la medida que se cumplan los requisitos propios de imputación de responsabilidad extracontractual. El fundamento de dicha acción está en la obligación de toda persona de reparar los daños que ha causado por un acto propio, culpable y antijurídico, donde en este caso, el acto atenta contra un tipo de propiedad especial: la obra, abracando tanto los derechos de autor como los derechos conexos.

2. Supuestos necesarios para la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios por infracción a los derechos de autor y conexos.

¹²³ Así, el artículo 1.437 el artículo del CC señala que las obligaciones nacen“(…) ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos”. A su vez, el artículo 2.284, volviendo a distinguir las fuentes de las obligaciones, hace referencia a las que provienen del hecho voluntario de una de las partes, donde si el hecho es ilícito, y cometido con intención de dañar, constituye un delito. Por otro lado, el artículo 2.314 prescribe que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que impongan las leyes por el delito o cuasidelito”. Finalmente, el artículo 2.329 señala que “por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

Toda acción u omisión que produce daño a un interés legítimo de otro (como lo es la propiedad) otorga, a quien sufre el daño, el derecho de solicitar que se le deje en una posición patrimonial idéntica a la que tenía con anterioridad a la producción del daño, lo que en definitiva consiste en “imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona.”¹²⁴ El mecanismo para obtener la reparación es la acción de indemnización de perjuicios. El objeto de esta acción es el daño experimentado, siendo su fin la reparación en dinero de dicho daño.

Para atribuir a un tercero distinto de quien sufre el daño, esto es, el autor del mismo, la obligación de reparar, deben cumplirse una serie de requisitos denominados elementos de la responsabilidad civil extracontractual, los cuales van a variar dependiendo del modelo de responsabilidad que es objeto de análisis, pudiendo estos modelos corresponder a la denominada responsabilidad por culpa o la responsabilidad estricta. A su vez, dentro de estos modelos podemos estar frente a hipótesis de responsabilidad por el hecho propio, por el hecho ajeno o por el hecho de las cosas.

El objeto central de este trabajo tiene que ver principalmente con la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio, ya que lo normal es que los perjuicios derivados de infracciones los derechos de autor y conexos ocurran de esa manera¹²⁵. Se ha señalado que los requisitos para que se le impute a un individuo el deber

¹²⁴ BARROS BOURIE, E. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1230p., p. 15.

¹²⁵ Esto no excluye la responsabilidad contractual, pero ante el supuesto de hecho que configura el objeto de este trabajo, dicho tipo de responsabilidad no adquiere tanta relevancia. Así por ejemplo, se puede suponer la hipótesis en que un individuo celebra un contrato de licencia con el titular de derechos respectivo, mediante el cual se le otorga la facultad al primero de poner a disposición del público una obra de titularidad del segundo, pero se le prohíbe que lo haga mediante programas P2P. Si el individuo comparte la obra

de reparar los daños ocasionados por sus propios actos negligentes son los siguientes: la acción u omisión, la culpa o el dolo, el daño y la relación de causalidad.¹²⁶

Ahora bien, cabe preguntarse lo siguiente: ¿son necesarios de igual forma dichos requisitos para atribuir a un tercero el deber de reparar cuando su conducta ha consistido en la infracción al derecho de autor y los derechos conexos, o deben analizarse elementos diversos? La ley 17.336 contiene elementos especiales, siendo esta regulación indispensable a la hora de determinar el deber de reparar los perjuicios. Así, acorde al artículo 4 del CC, deberán primar las disposiciones de la LPI por sobre las del CC.

Si bien la LPI no contempla expresamente los requisitos para la responsabilidad en cuestión, la doctrina ha enunciado aquellos que deben concurrir cuando estamos en presencia de responsabilidad extracontractual por infracción al derecho de autor¹²⁷, a saber: 1) Debe existir una acción u omisión; 2) esa acción u omisión debe ser dolosa o culposa; 3) debe atentarse contra una obra protegida por el derecho de autor o un derecho conexo; 4) debe afectar derechos patrimoniales o morales de autor; 5) la obra no debe haber caído en dominio público o no debe haber expirado el plazo de protección de los derechos conexos; 6) la conducta no debe estar amparada por alguna excepción o

poniéndola a disposición del público mediante ese tipo de programas, habría incumplido el contrato, y la obligación de reparar los perjuicios seguidos de su conducta ilícita nace de dicho contrato. Aun así, lo normal es que el deber de reparar no tenga como fuente un acuerdo de voluntades.

¹²⁶ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p.61.

¹²⁷ En este punto se seguirá a Luis Carlos Plata López, ya que, a diferencia de otros autores que sólo se remiten a los elementos comunes a toda responsabilidad por el hecho propio, el mencionado autor señala elementos propios de la responsabilidad extracontractual derivada de infracciones al derecho de autor (PLATA LÓPEZ, L. 2010. El concepto de conducta como elemento indispensable en la Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor. *Revista de Derecho Universidad del Norte (Colombia)*. (34):79-115).

limitación al derecho de autor; 7) existencia de daño y 8) la conducta debe ser la causa del daño.

Debido a la extensión de cada uno de estos requisitos, sólo se hará referencia a continuación a los que presentan real interés para efectos de este trabajo.

A) Culpa o dolo

Alessandri define la culpa como “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y negocios propios”.¹²⁸ El referirse a la culpa supone “que el sujeto no quiso causar daño (el hecho es culpable, pero cometido sin intención de dañar, dice el art. 2284) pero actuó ilícitamente al no observar en su comportamiento el cuidado debido que le hubiera permitido evitar la lesión”.¹²⁹

Como señala el profesor Barros, la culpa es el régimen común y supletorio de responsabilidad civil, y “hace referencia a la inobservancia de las exigencias típicas y objetivas de cuidado que debemos observar en nuestra vida de relación”.¹³⁰ La culpa “debe apreciarse en abstracto, esto es, comparando la conducta del agente con la que habría observado el hombre prudente, el buen padre de familia, que es el paradigma que

¹²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. 1983. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Editores Ltda., 2da. Ed., 1 v., p. 173.

¹²⁹ CORRAL TALCIANI, H. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 423p, p. 211. (se han omitido las comillas).

¹³⁰ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p.78.

utiliza el art. 44”.¹³¹ Pero la determinación se hace en concreto, esto es, respecto de la conducta específica.

El juicio de culpabilidad de una conducta se realiza sobre la base de un patrón objetivo de comparación. Ahora bien, “la determinación de la regla de conducta que habría observado esa persona en las circunstancias del caso es una tarea judicial por excelencia. Sin embargo, esos deberes pueden estar tipificados por la ley (como característicamente ocurre con el tráfico vehicular) o pueden estar establecidos convencionalmente por reglas sociales, formales o informales. A falta de ley o de usos normativos, el juez no tiene otro camino que discernir cómo se habría comportado una persona prudente en las mismas circunstancias”.¹³²

La doctrina ha señalado que el deber de cuidado en la LPI para el caso de una infracción al derecho de autor está consagrado en el artículo 19 de la misma, que prescribe que “nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor. La infracción a lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes”¹³³.

¹³¹ CORRAL TALCIANI, H. *Op. Cit.*, p. 211. (se han omitido las comillas).

¹³² BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p.97.

¹³³ La jurisprudencia también se ha manifestado en este sentido. En un juicio de indemnización de perjuicios promovido por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) contra la Sociedad Hotelera Valle del Encanto Limitada, por el uso no autorizado de obras musicales del repertorio de la demandante. El Segundo Juzgado Civil de Ovalle señaló en el considerando vigésimo octavo de la sentencia definitiva que (...) la conducta de la demandada resulta de lo que la doctrina denomina “culpa contra legalidad”, ya que el daño proviene de la violación de una obligación impuesta por la ley: se violó la LPI, al no cumplirse la exigencia de obtener la autorización” (SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR con SOCIEDAD HOTELERA VALLE DEL ENCANTO LIMITADA. 2004 (S-I). 2do. Juzgado de Letras de Ovalle. ROL N° 403-04).

Se ha señalado que, cuando se trata de una infracción al derecho de autor, “la apreciación de la conducta del agente del daño es innecesaria pues se trata de lo que la doctrina llama culpa contra legalidad, toda vez que el daño proviene de la violación de una obligación determinada, impuesta por la ley o un reglamento”.¹³⁴ De forma que “[c]uando así ocurre, hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que la ley o el reglamento estimaron necesarias para evitar el daño”.¹³⁵

De ahí que el artículo 19 de la LPI vendría a imponer el deber de que nadie puede utilizar públicamente una obra de dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor, donde “la necesidad de obtener una autorización expresa del titular del derecho, con el objeto de utilizar públicamente su obra, constituiría la obligación establecida por ley que da existencia a la culpa infraccional en este ámbito. Así, el deber de cuidado exigido no quedaría al arbitrio del juez, sino que, en este caso, es la ley la que establece cuál es el nivel de diligencia con el que debe actuar un sujeto, y así, evitar ser responsable de los daños ocasionados”.¹³⁶

¹³⁴ MAHÚ, J. *Op. Cit.*, p.7.

¹³⁵ *Ibid.*, p.7.

¹³⁶ WALKER, E. 2007. Responsabilidad Extracontractual en el Derecho de Autor: Referencias específicas a las redes digitales. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 127p., p28.

En lo que respecta al dolo, el artículo 44 del CC lo define como “la intención positiva de inferir injuria a la persona de otro”.¹³⁷ El elemento fundamental del dolo consiste en la intencionalidad, el cual es de carácter subjetivo. Puesto que el dolo, al igual que la culpa, debe ser probado en materia extracontractual (acorde al artículo 1698 del CC), su relevancia en el presente trabajo es poca, ya que si la infracción contra el derecho de autor se ha cometido por culpa infraccional, no es necesario entrar a probar aspectos subjetivos para imputar responsabilidad al infractor, más aún si la culpa grave se asimila al dolo.¹³⁸

B) La obra no debe haber caído en dominio público o no haya expirado el plazo de protección de los derechos conexos

Si la obra ha caído en dominio público, no es posible hablar, en principio, de infracción al derecho patrimonial de autor, pues no se requiere de autorización por parte del titular de los derechos para hacer utilización de la obra. Tampoco sería procedente la acción de indemnización de perjuicios por parte del titular de los derechos, pues el acto está autorizado por la LPI.

¹³⁷ El profesor Barros critica la definición tan restrictiva de dolo, ya que si nos guiamos por el tenor literal del artículo, ni si quiera sería dolosa la conducta de un individuo que conscientemente realiza un daño para obtener un provecho.

¹³⁸ Cabe recordar la discusión doctrinaria respecto a la aplicación del artículo 1558 del CC, en materia extracontractual en lo que respecta a la reparación de los perjuicios previstos e imprevistos. Pero esta discusión excede el objeto de este trabajo. Para ello, se recomienda la lectura de la citada obra “Tratado de Responsabilidad Extracontractual”, de Enrique Barros (BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, pp. 988 y siguientes).

Si bien no existe una definición unánime en doctrina de lo que corresponde a dominio público, se podría señalar que en la legislación nacional, dominio público es una categoría que agrupa todas aquellas obras en que no es necesario obtener una autorización previa del autor o titular de los derechos para poder utilizarlas.¹³⁹ El dominio público busca que la información sea accesible para los ciudadanos.

Cabe mencionar que “la regulación chilena se caracteriza por regular una categoría especial llamada patrimonio cultural común. Este patrimonio corresponde al dominio público nacional de la propiedad intelectual. Lo anterior se desprende del artículo 80 letra a), b), el que al regular ciertos delitos contra la propiedad intelectual, hace símiles los términos patrimonio cultural común y dominio público. Esta categoría se compone de cinco hipótesis que tiene (sic) en común el hecho de permitir que una obra pueda ser utilizada por cualquiera, siempre que se respete en todo momento la paternidad e integridad”.¹⁴⁰

Acorde al artículo 11 de la LPI, las categorías de obras que pertenecen al patrimonio cultural común son:

- a) Las obras cuyo plazo de protección se haya extinguido;
- b) La obra de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico;
- c) Las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga esta ley;

¹³⁹ WALKER ECHEÑIQUE. E. 2014. Manual de Propiedad Intelectual. Santiago, Editorial Legal Publishing. 370p., p. 132.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 134.

- d) Las obras de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no estén protegidos en la forma establecida en el artículo 2º, y
- e) Las obras que fueren expropiadas por el Estado, salvo que la ley especifique un beneficiario.

Para el caso en que quien deduce la acción de indemnización de perjuicios sea el titular de derechos conexos, se requiere que no haya transcurrido el plazo de protección contemplado en el artículo 70 de la LPI, de lo contrario, se extingue la protección concedida por la Ley.

Como se apreció en la jurisprudencia comparada, el hecho de haber caído la obra en dominio público fue un argumento empleado como defensa por los titulares de los programas P2P en el caso *Napster*. La defensa se centra en que estos programas permitirían la circulación de obras que no requieren de autorización para su reproducción y puesta a disposición, orientando así al programa a fines lícitos.¹⁴¹ Este argumento debe ser complementado con la posibilidad que ofrecen estos programas de intercambiar información en general y no sólo obras protegidas, lo que indudablemente genera un beneficio para la sociedad.

Por lo tanto, deberá analizarse en el caso a caso si la utilización patrimonial de la obra mediante redes y programas P2P se refiere o no a aquellas que han caído en el

¹⁴¹ Es relevante recordar aquí lo estudiado respecto del conocimiento y su prueba en la responsabilidad vicaria y contributiva.

dominio público. En caso de serlo, la acción indemnizatoria necesariamente deberá ser desestimada, pues la ley precisamente permite la utilización de tales obras.

C) El daño

El daño es un requisito *sine qua non* de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de la culpa, por ejemplo. Es por esto que “para el derecho civil sólo son relevantes las conductas culpables si de ellas se sigue un perjuicio para el demandante”¹⁴², por lo que, “el daño es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil”.¹⁴³ El fin último de la responsabilidad civil es la reparación del daño.

El CC no contempla una definición general de daño. La doctrina ha señalado que daño es “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc”.¹⁴⁴

Distintos tipos de daños se han distinguido. La clasificación más importante y general consiste en la distinción entre daño moral y daño patrimonial; pero como se verá, la que presenta mayor relevancia para los fines de este trabajo se refiere a la distinción entre daño emergente y lucro cesante, siendo ambos un tipo de daño patrimonial.

¹⁴² BARROS BOURIE, E., *Op. Cit.*, p. 215.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 215.

¹⁴⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *Op. Cit.*, p.153.

El daño emergente constituye el detrimento patrimonial efectivo al tiempo de concretado el perjuicio que afecta a un sujeto.¹⁴⁵ Por otro lado, el lucro cesante consiste en la utilidad, provecho o beneficio económico que una persona deja de obtener como consecuencia del hecho ilícito.¹⁴⁶

El análisis del daño emergente por infracción al derecho de autor patrimonial y a los derechos conexos es especial, pues lo común es que la obra no pierda valor intrínseco cuando se infringe un derecho patrimonial. Por ejemplo, si un individuo copia sin autorización un disco que contiene una obra musical, la obra contenida en aquel soporte no sufre variaciones ni detrimento. Por lo tanto, el análisis del daño emergente en el derecho de autor se reconduce a hipótesis muy especiales.¹⁴⁷

Mayor relevancia presenta el lucro cesante en esta materia, pues lo normal es que, ante una infracción a estos derechos, aquel sea el tipo de daño que se produzca. Por ejemplo, si un individuo compra una copia “pirata” de una obra musical, se puede concluir, en principio, que el titular de los derechos ha dejado de percibir el valor que podría haber obtenido por la venta del soporte que contiene la obra, esto es, por el acceso legal a la obra.

Si bien la LPI no contiene normas especiales sobre la constatación del daño producto de la infracción, la doctrina ha señalado que en este aspecto el derecho de autor

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ, P. 1999. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 505 p, p. 290.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p. 291.

¹⁴⁷ Un ejemplo que propone el profesor Barros sobre el daño emergente en el derecho de autor dice relación con la difusión clandestina de una obra en una versión técnica deplorable, que deprecia su valor económico.

debe ser analizado de forma distinta al daño en sede común. Delia Lipszyc postula que “toda conducta antijurídica en infracción a los derechos de autor o derechos conexos causa *per se* un daño que debe ser reparado”.¹⁴⁸ Por lo tanto, según la autora, en el derecho común, a pesar de que medie una conducta antijurídica, puede darse el caso que no exista responsabilidad civil resarcitoria por la no constatación de la existencia del daño. Por el contrario, afirma que en el caso del derecho de autor, el daño se genera por el sólo hecho de la infracción.¹⁴⁹ Cabe destacar que con lo dicho no se señala que no se requiera de daño en el derecho de autor para la procedencia de la acción indemnizatoria, sino que la sola constatación de la infracción da cuenta del mismo.

En este aspecto, Jorge Mahú pareciera estar de acuerdo con la autora argentina. Señala que “[s]obre este particular es unánime la opinión en señalar que las consideraciones de la doctrina clásica en materia de Derecho de daño no son del todo aplicables en el campo de las utilizaciones ilícitas de las obras intelectuales o de prestaciones protegidas por los derechos conexos, siendo útil el establecimiento por parte de la legislación de las correcciones necesarias que permitan al juez, una vez que aprecie la infracción, entrar de lleno al cálculo del daño aplicando las reglas que las leyes del derecho de autor entregan, y que no son más que procedimientos abstractos de determinación de perjuicios en el ámbito de los derechos intelectuales y que nuestra legislación lamentablemente omite (haciendo referencia al texto legal anterior a la

¹⁴⁸ LIPSZYC, D. 1993. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires. Editorial UNESCO; CERLAC; ZAVALIA. 99. p, p 577.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 576.

reforma del año 2010).”¹⁵⁰ Como dice el citado autor, entrar de lleno al cálculo del daño una vez acreditada la infracción quiere decir que con la sola acreditación de aquella se tiene por establecido el daño, incluso por probado el mismo.

En la misma línea, Elisa Walker ha señalado que la jurisprudencia nacional considera que la sola infracción a los derechos de autor y derechos conexos genera *per se* un daño que debe ser indemnizado. La autora estima que esta hipótesis es apreciable en el fallo dictado por el Segundo Juzgado de Letras de Ovalle, ROL N° 403-04, antes citado a pie de página. El considerando vigésimo sexto de dicho fallo señala que “el derecho de los autores de autorizar la utilización de sus obras, constituye la esencia del derecho de autor (...) el consentimiento o autorización transforma la actividad del que las utiliza, en normal y lícita; y que por el contrario, la falta de autorización resulta perjudicial a los intereses del autor y constituye un atentado a sus derechos de explotación económica”¹⁵¹.

Según Elisa Walker, esta afirmación contiene los suficientes elementos para concluir que el solo uso de una obra sin la respectiva autorización, produce por ese exclusivo hecho un perjuicio al titular de los derechos.¹⁵²

Un razonamiento similar se ha desarrollado en la doctrina nacional de propiedad industrial. Se ha señalado que “[d]entro del marco de la prueba del daño en materia de marcas y patentes, ella se ha visto matizada en los últimos años ya que es fácil advertir una debilitada exigencia de puntual prueba de su producción y realidad. La doctrina “*ex*

¹⁵⁰ MAHÚ, J. *Op. Cit.*, p.8.

¹⁵¹ SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR con SOCIEDAD HOTELERA VALLE DEL ENCANTO LIMITADA. 2do. Juzgado de Letras de Ovalle. *Op. Cit.*

¹⁵² WALKER ECHEÑIQUE, E. *Op. Cit.*, p. 318.

re ipsa" ha servido para este propósito. En virtud de ella se entiende que existen ciertos perjuicios, concretas infracciones, que devienen en automáticos y existentes perjuicios, a instancias que la sola comisión de un ilícito determina su existencia, la que se desprende de un necesario agravio a los intereses de la víctima del daño. La citada teoría opera, como es de prever, de forma excepcional y dentro de la carga de la prueba que se impone a quien alega el perjuicio".¹⁵³

De ahí que "[u]na idea que debe estar siempre presente en materia de daños y marcas, no es que el uso ilegítimo de derechos de propiedad industrial no produzca daños, sino que estos, por regla general, han de ser probados".¹⁵⁴ Por lo tanto, es materias marcarias operaría la misma lógica que en el derecho de autor, ya que "[l]a situación nos lleva a que todo acto que importe un menoscabo a la exclusividad del uso o goce de una marca envuelve un daño para el titular de la misma. Es una intromisión en la esfera de exclusividad que se manifiesta en relación con la marca misma, su ámbito de protección o grupo de productos, servicios y establecimientos que se comprenden en la marca. Se comprende, por lo tanto, la facultad de disposición que le compete al titular de la marca para decidir sobre quiénes pueden explotar la marca".¹⁵⁵

Esta solución es la más aceptada en la doctrina de propiedad intelectual. Sin embargo, el autor de este trabajo considera que hay situaciones en la cual dicha hipótesis no es tan clara, debido a que pueden influir diversos factores que dificulten el análisis.

¹⁵³ BARRIENTOS, M. 2008. El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial. Revista Ius et Praxis 14(1):123-143. p. 126.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p.126.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 128. (las comillas han sido eliminadas).

Así por ejemplo, supóngase que en un mercado acotado existe un único titular de derechos respecto de una obra, la cual es explotada tanto en formato físico como digital. Supóngase además que el sujeto infractor infringe el derecho del titular subiendo a su página *web* las obras protegidas. Si el titular demanda de indemnización de perjuicios al sujeto infractor argumentando que la conducta de este último trajo como consecuencia la disminución de las ventas del soporte físico de la obra, pues la sola infracción implica tener por configurado el daño (en este caso el lucro cesante), cabe preguntarse ¿es necesariamente correcta dicha hipótesis? La respuesta no es clara en principio, pues la disminución de las ventas del soporte físico de la obra no necesariamente pudo haberse debido a la conducta del infractor.

En efecto, es posible que la explotación lícita del titular de los derechos en el mercado *on line* haya ocasionado la disminución de ventas del soporte físico. Incluso, puede que la disminución de las ventas haya sido ocasionada por otro tipo de tecnologías, como por ejemplo *youtube*, página *web* que permite reproducir videos y música sin necesidad de efectuar una descarga (esto es, vía *streaming*). Todo lo anterior se traduce en definitiva en un problema de causalidad, pero que tiene incidencia en la constatación del daño.

Además, es dable que el infractor que descarga las obras paralelamente adquiera de manera lícita una copia de la obra. Puede que nunca hubiese tenido la intención de adquirirla en soporte físico; o incluso puede que hasta el hecho de haberla descargado sin autorización le permita conocer de la existencia de la obra, motivándolo a adquirirla de manera lícita.

Entonces, si bien es cierto que la conducta infractora puede ocasionar un tipo de daño, en el entendido de que sólo al titular del derecho le compete el cómo explotarlo, la pregunta es si ese daño es indemnizable a la luz de los principios del derecho civil. Además, de suponerse que el daño radica en la pura apropiación ilícita de la obra, podría darse el caso que el patrimonio del demandante no sufra variaciones concretamente, pero que aun así tenga derecho a recibir una indemnización, pudiendo incluso vulnerarse el principio del enriquecimiento sin causa.

En esta materia, podría resultar ilustradora la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de Abril de 2000 (AC 220132/2000) en la que se señaló que en relación a la existencia de daños y perjuicios "también requieren de su demostración en el ámbito marcario, al ser insuficiente que sea presumible que toda infracción de modalidades de la propiedad industrial produce perjuicios", haciendo extensivo el perjuicio a las invenciones en general.¹⁵⁶

En concreto, pareciera ser que la constatación del daño va a depender de las circunstancias fácticas del caso, no habiendo una regla absoluta al respecto. Por lo tanto, acorde a la opinión del autor de este trabajo, no es del todo correcto concluir que toda infracción *per se* causa un daño susceptible de ser indemnizado. Lamentablemente la postura mayoritaria de la doctrina especializada no parece ir en ese camino.

Aun en el entendido que la sola infracción al derecho de autor y los derechos conexos implica un daño, no es posible dejar de lado el problema relativo a la extensión

¹⁵⁶ BARRIENTOS, M. *Op. Cit.*, p.126.

del mismo, lo que finalmente se traduce en la determinación concreta del monto indemnizatorio. En otras palabras, la carga de probar la extensión del daño conlleva la dificultad de acreditar el monto determinado al cual ascienden los perjuicios causados por la infracción. La LPI contiene normativa especial en lo que respecta a la evaluación de los perjuicios, pues se ha reconocido la dificultad probatoria que tiene el demandante en esta materia. Para los fines del presente trabajo, los preceptos legales relevantes son los siguientes:

El primer lugar, el artículo 85 E de la LPI, que prescribe que “[a]l determinar el perjuicio patrimonial el tribunal considerará, entre otros factores, el valor legítimo de la venta al detalle de los bienes sobre los cuales recae la infracción”. En su inciso segundo señala que “[e]l tribunal podrá, además, condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios”.

En segundo lugar, el artículo 85 K contempla la denominada indemnización predeterminada. Dicho artículo señala que “[e]l titular de un derecho podrá solicitar, una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una única suma compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción”.

Acorde al texto de la ley, se requieren dos condiciones para hacer aplicable esta indemnización predeterminada. En primer lugar, aquella debe ser solicitada, pues sólo

procede a solicitud del titular del derecho afectado, y no de oficio por el tribunal. En segundo lugar, sólo procederá esta indemnización una vez acreditada la infracción respectiva por el titular del derecho.¹⁵⁷

En conclusión y siguiendo a la doctrina mayoritaria, se puede señalar que el daño en el derecho de autor tiene un fundamento especial, que difiere del daño en sede común, debiendo ser apreciado de manera distinta, lo cual no deja de ser criticable. Por otro lado, la LPI reconoce que existe dificultad en cuanto a la prueba de la extensión del mismo, y así innova al introducir un mecanismo de evaluación predeterminado de los perjuicios en responsabilidad civil extracontractual, facilitando la prueba de los mismos.

Habiéndose hecho referencia a los elementos de la responsabilidad civil por infracción a los derechos de autor y conexos, ahora se pasará a desarrollar los supuestos de responsabilidad civil extracontractual de los usuarios de programas P2P y de quienes operan dichos programas como intermediarios.

¹⁵⁷ WALKER ECHEÑIQUE, E. *Op. Cit.*, p. 328. El problema radica nuevamente en si sólo se requiere probar la existencia de la infracción o además se debe probar la constatación efectiva del daño en el entendido de que no siempre la infracción necesariamente acarrea un daño indemnizable. Esto teniendo en cuenta por un lado el fin de la indemnización de perjuicios, que como ha dicho el profesor Barros, es la reparación del daño equivalente al perjuicio causado a la víctima; y por el otro, el límite del enriquecimiento sin causa, pues como se ha señalado, si se acepta que sólo se requiere probar la infracción, se podría llegar al punto de obviar estos principios generales del derecho civil y beneficiar al demandante cuando no ha existido un perjuicio cierto. Por otro lado, la causalidad jugaría un papel relevante en este ámbito. Esta idea estaría plasmada en la redacción del artículo 171 de la Ley de tránsito, en virtud de la cual “el mero hecho de la infracción no determina necesariamente la responsabilidad civil del infractor, si no existe una relación de causa a efecto entre la infracción y el daño producido por el accidente”. La norma citada proviene de un régimen de culpa infraccional, al igual que el de la LPI, por lo que podría ser aplicable por analogía. Esta interesante discusión necesariamente debe ser objeto de un estudio aparte.

CAPITULO V: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS USUARIOS DERIVADA DE LA INFRACCIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR Y CONEXOS POR INTERCAMBIO DE OBRAS PROTEGIDAS MEDIANTE PROGRAMAS Y REDES P2P EN EL DERECHO CHILENO

En este capítulo se buscará resolver dos interrogantes fundamentales: La primera referida a si los usuarios de los programa y redes P2P infringen los derechos de autor y conexos de sus titulares al usar esta tecnología indebidamente. La segunda interrogante sobre si es posible atribuirles responsabilidad extracontractual a los usuarios, en el supuesto que infrinjan los mentados derechos. Para simplificar el análisis y evitar problemas de derecho internacional privado, se da por supuesto que los usuarios que utilizan las redes P2P están domiciliados en territorio nacional, y cometen infracciones respecto de obras protegidas bajo la normativa chilena.

En la jurisprudencia extranjera ya se han visto casos de demandas a usuarios de este tipo de redes; de hecho en la jurisprudencia estudiada respecto de demandas contra el operador del programa, los tribunales hicieron énfasis en que los usuarios infringían el *copyright* al intercambiar archivos que contienen obras protegidas.

Según datos de la *Electronic Frontier Foundation* (EFF), en el verano del 2003, la RIAA interpuso un conjunto de demandas en contra de 261 usuarios estadounidense de programas como *Napster* y *Grokster*, alegando infracciones por parte de los mismos. Muchos de estos casos concluyeron en acuerdos de entre \$1.000 a \$3.000 algunos, e

incluso de entre \$12.000 y \$17.500 otros pocos.¹⁵⁸ Hacia el año 2005, la suma de demandas individuales ascendió a 5.900 aproximadamente.¹⁵⁹ Hay que considerar que muchos de los demandados llegaron a acuerdos extrajudiciales de pago, por las altas sumas condenatorias a las que se exponían (sobre este punto se hará referencia más adelante con mayor profundidad).

Parece existir cierta unanimidad en la jurisprudencia analizada, en que los usuarios efectivamente infringen el derecho de autor al realizar actos de “subida” y “bajada” de archivos que contienen obras protegidas mediante este tipo de programas y redes, y sin la autorización de los titulares. Pero la constatación de ese solo hecho no da cuenta de una eventual responsabilidad extracontractual de estos sujetos, por lo que será necesario verificar el cumplimiento de cada uno de los elementos de este tipo de responsabilidad, lo que se hará a continuación.

1. Conducta de los usuarios

Antes de examinar cualquier tipo de consecuencia jurídica, es necesario determinar la conducta de los usuarios de un programa P2P. Para lo anterior, se debe

¹⁵⁸ Electronic Frontier Foundation. 2008. RIAA v. The People: Five Years Later [en línea] <<https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later>> [consulta: 24 septiembre2014]

¹⁵⁹ BARKER, J. 2004. Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Minimum Statutory Damages for Copyright Infringement. *Revista de Derecho de Texas* 83(2):525-559. p. 535.

hacer una diferencia entre el usuario que comparte información y el usuario que descarga información.

Todo programa P2P requiere de una carpeta que almacene los contenidos descargados y que a la vez serán compartidos. La generalidad de este tipo de programas trae por defecto una de estas carpetas, que habitualmente es conocida bajo la denominación de “*downloads*” o “descargas”.

El usuario que comparte información es aquel que introduce archivos en esta carpeta, sea porque los descargó y el programa automáticamente los almacenó en la carpeta de descargas; o porque el usuario los introdujo en la misma sin haberlos descargado por el programa. El hecho de que los archivos estén albergados en la carpeta de descarga es elemental en el proceso de compartición; sin esto el programa no podrá responder solicitudes de descargas ni enviar contenido a los demás usuarios de la red. Por lo tanto, cuando el usuario introduce archivos en la carpeta, permite que el programa haga público ese contenido a los demás usuarios de la red P2P, esto es, los “sube” a la misma.

Por otro lado y como se estudió al principio de este trabajo, el usuario que descarga contenido lo hace mediante una búsqueda, pudiendo realizarse ésta a través de un programa P2P o mediante una página que contenga enlaces a la red P2P (como por ejemplo, los *torrents*). La modalidad de búsqueda dependerá finalmente del tipo de programa P2P. Localizado el archivo deseado, el proceso de descarga dependerá del programa, no existiendo mucha diferencia.

Cuando un usuario completa la descarga, el programa crea una nueva copia del archivo, quedando ésta contenida en el disco duro del ordenador. Lo normal es que la copia creada quede albergada en la carpeta de archivos compartidos, pero el usuario puede extraerla de esa carpeta e impedir que sea compartida a los demás usuarios.

Cabe destacar que, atendida las características del programa P2P en cuestión, puede que el usuario se limite a descargar o a compartir, por lo que no necesariamente debe realizar ambas acciones. Ahora bien, los programas más modernos necesariamente descargan y comparten información a la vez (fragmentos de archivos), por lo que si bien el usuario puede optar por no compartir un archivo completo, estará obligado a hacerlo respecto de una parte del mismo.

2. Debe existir una infracción al derecho de autor y derechos conexos por parte de los usuarios; la conducta debe atentar contra una obra protegida y debe afectar derechos patrimoniales o morales de autor

Al igual que al examinar la conducta de los usuarios, para determinar si existe infracción a los derechos patrimoniales de autor y conexos, es necesario distinguir entre el usuario que “sube” y el usuario que “baja” información de la Red. Debido a que la infracción es uno de los elementos que debe probar todo demandante en un juicio indemnizatorio, estas conductas deberán necesariamente ser acreditadas.

A) Usuarios que comparten archivos

Respecto de los usuarios que “suben” o comparten información mediante la red P2P, en principio, efectúan un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. La jurisprudencia comparada analizada ha llegado a la misma conclusión.

El artículo 5 letra v) de la LPI define la comunicación pública como “todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”.

Cuando el usuario introduce o deja un archivo en la carpeta de archivos compartidos, permite que una pluralidad de personas pueda acceder a ellos. La LPI requiere, en primer lugar, que exista una difusión para que se esté en presencia de la comunicación pública. La RAE define la palabra difusión como la acción y efecto de difundir; y la palabra difundir como propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etc.¹⁶⁰ El acto de incorporar un archivo en la carpeta mencionada necesariamente es una acción que permite divulgar el mismo a través de la

¹⁶⁰ Real Academia Española. Significado de difusión [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=DIFUSI%C3%93N> [consulta : 03 octubre 2014]

red y el programa P2P a los demás usuarios, esto dado que el archivo se vuelve público por ese solo acto y cualquiera puede descargarlo.

En segundo lugar, el precepto legal requiere que exista una pluralidad de personas, las que vendrían a ser los usuarios que se encuentra conectados a la red P2P. Estas personas se encontrarán reunidas en distintos lugares.

En tercer lugar, la LPI requiere que la pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin distribución de ejemplares, donde el término ejemplar se refiere a un soporte material, como un libro. El requisito se cumple a cabalidad, pues los usuarios que descargan acceden al archivo que contiene la obra, el cual es un soporte digital, por lo que no cabe dentro de la noción de ejemplar.¹⁶¹

El último elemento de la definición dice relación con que los miembros del público (usuarios conectados) puedan acceder a la obra desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija. La situación descrita por la LPI se materializa en el hecho que los usuarios son los que deciden dónde y cuándo descargar los archivos, pues la iniciativa de búsqueda y descarga de los mismos es realizada por aquellos.

Por lo tanto, si un usuario comparte un archivo que contiene una obra mediante un programa P2P, estaría efectuando un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. Si ese usuario no cuenta con la autorización del titular del derecho, acorde al artículo 19 de la LPI habría infracción al derecho de autor, pues se estaría efectuando una utilización pública de una obra del dominio privado (en el supuesto

¹⁶¹ GARROTE, I. *Op. Cit.*, p. 266.

que el archivo contenga efectivamente una obra y que esta pertenezca al dominio privado) sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho. A *contrario sensu*, si lo divulgado por la red P2P no cumple los requisitos para que pueda ser catalogado como obra, no es dable referirse a la infracción del derecho de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición, pues no se cumplirían los requisitos del artículo ni se afectaría el bien jurídico protegido por la LPI.

Además, es muy frecuente que el archivo compartido contenga un fonograma digitalizado, por lo que el usuario que lo comparta infringirá el artículo 67 bis. de la LPI, que señala que “[e]l productor de fonogramas, sobre su fonograma y el artista sobre su interpretación o ejecución fijada tendrán, respectivamente, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos, del fonograma o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en dicho fonograma, de forma que cada miembro del público, pueda tener, sin distribución previa de ejemplares, acceso a dichos fonogramas o interpretaciones o ejecuciones fijadas, en el lugar y en el momento que dicho miembro del público elija”.

Igualmente, si el archivo contiene una interpretación o ejecución de un artista, el usuario infringiría el artículo 66 de la LPI, según el cual “(...) se prohíbe sin su autorización expresa, o la de su heredero o cesionario, los siguientes actos: (...) 3) La difusión por medios inalámbricos o la comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones en directo”.

Habiéndose determinado el tipo de infracción ocasionada por el usuario que descarga, es aplicable lo señalado en su momento respecto de la culpa infraccional (capítulo IV), esto es, que la acción de compartir archivos mediante redes P2P es una conducta culpable y por ende reprochable, por lo que se cumpliría el segundo requisito de la responsabilidad antes mencionado. Lo anterior se explica por el hecho que el legislador ha prohibido expresamente poner a disposición la obra sin la autorización de los respectivos titulares de derechos.

El análisis planteado es aplicable perfectamente a los programas P2P que sólo permiten el intercambio de archivos entre dos usuarios, donde el archivo se comparte de manera íntegra y no por trozos. Mayores dudas presenta la difusión de obras mediante programas P2P que fragmentan el archivo, pues lo compartido será un fragmento del archivo. De hecho, para González Velásquez, en el presente caso “no podría obtener el titular de los derechos de autor un fallo favorable por los siguientes motivos: (...) c) Solo se les podría demandar por la parte que cada uno proveyó y esto indica que no hubo en ningún momento violación de derechos de autor porque al separar las partes, ninguna de estas funciona por si sola y el archivo (la película según el ejemplo) no podría ser reproducido por ningún ordenador.”¹⁶²

La opinión utilizada en este trabajo es contraria a la del citado autor, y considera que un usuario que comparte archivos bajo la modalidad conocida como *swarming*,

¹⁶² GONZÁLEZ, M. La Responsabilidad Jurídica Derivada de la Distribución de Obras a través de Programas P2P y Stream Channels [en línea] <<http://www.abogadoraulgonzalez.com/images/stories/Prop-Int/Resp-%20Jca%20Der-Dist-O-Prog-P2P-Stream-Ch-%28CNR%29.pdf>> [consulta: 30 septiembre 2014] p. 82.

efectivamente infringe el derecho de puesta a disposición del público de la obra, independiente que lo compartido sea concretamente un fragmento del archivo.

El argumento principal consiste en que para hablar de puesta a disposición al público, la LPI no obliga a efectuar un análisis respecto a lo que efectivamente se ha difundido (compartido), sino que el elemento clave es que exista una posibilidad de acceder a la obra por parte de un usuario. Esto queda en evidencia cuando la Ley señala “(...) de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella (la obra) (...)”.¹⁶³ De ahí que, para la LPI se requiere únicamente una conducta que permita hacer accesible la obra (en su totalidad), independiente que finalmente dicha acción consista únicamente en compartir un fragmento de la misma, como ocurre en el presente caso.

En efecto, cuando el usuario introduce el archivo que contiene una obra en la carpeta para compartir, posibilita que el *leecher* pueda acceder a aquel en su totalidad, sin perjuicio que lo requerido (y compartido por el programa) finalmente sea sólo un fragmento.

Así, si se supone que existe solamente un individuo que comparte la totalidad del archivo, no habría mayor problema, pues independiente que el programa utilice la modalidad del *swarming*, se compartiría el todo. Ahora bien, si son dos o más usuarios que comparten el archivo, igualmente existe la posibilidad de que el *leecher* pueda

¹⁶³ Artículo 5 letra v) de la LPI. Aun así, esta conclusión pareciera no ser aplicable al caso en que un usuario comparte un fragmento de archivo que contiene material protegido cuando paralelamente efectúa una descarga. Programas como *BitTorrent* admiten esta modalidad de intercambio, pues hace mucho más eficiente el proceso. No debería ser aplicable la conclusión porque para que exista puesta a disposición debe existir una conducta del usuario dirigida a comunicar la obra o parte de ella, supuesto que no se da en el caso en que un individuo descarga un archivo con material protegido y el programa automáticamente comparte un trozo de la porción descargada.

acceder a la totalidad del archivo respecto de cualquier fuente, aunque esto no se logre finalmente. Esta posibilidad de acceso queda en evidencia cuando en un proceso de intercambio de distintas partes de un archivo por varios usuarios, se desconectan todos estos salvo uno. En esa hipótesis, el programa P2P del *leecher* automáticamente dejará de descargar las partes de los *seeders* que se desconectaron, para hacerlo solamente respecto del único *leecher* que quedó conectado, posibilitando el acceso al todo.

Andrés Grunewaldt llega a la misma conclusión en base a argumentos distintos, pero complementarios. Señala que (haciendo referencia a la responsabilidad penal producto de la infracción) “(...) lo más razonable sería sostener que, independiente de las características del sistema *Bit torrent*, la conducta y la intención del usuario se traduce en la puesta a disposición de todo el archivo, el cual en la práctica se fracciona debido al mecanismo en el cual se basa este *software*, por lo que si bien esta característica añade cierta complejidad a la hora de encuadrar esta conducta en el tipo penal, no se configura como una barrera insalvable (el destacado es propio)”¹⁶⁴

Todo lo señalado es aplicable respecto de la infracción de los derechos conexos por este tipo de programas.

Hay un último aspecto que es relevante tratar respecto de este tipo de usuario. Como se apreció, el archivo que se pretende compartir debe estar en una carpeta específica, pudiendo quedar ubicado ahí porque el usuario lo descargó y el programa lo

¹⁶⁴ GRUNEWALDT, A. 2008. La infracción a los Derechos de Autor y Conexos por medios tecnológicos: tratamiento penal a la luz de la ley chilena. Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae (12):239-382. p. 381.

ubicó de manera automática, o porque el mismo usuario realizó una copia del mismo desde otro lugar (por ejemplo, desde un dispositivo de memoria USB). El primer caso se tratará a continuación, por lo que ahora se hará referencia al segundo.

El sólo acto de almacenar un archivo en la carpeta para compartir implica un acto de reproducción, pues si se genera un duplicado del archivo que se pretende compartir, con ese acto se estaría fijando la obra en un nuevo soporte, en términos tales que permitiría su comunicación o la obtención de copias del mismo, acorde al texto del artículo 5 letra u).

B) Usuarios que descargan archivos

En la jurisprudencia comparada analizada, se concluyó que el usuario que realiza una descarga desde Internet, ya sea una descarga directa o desde una red P2P, realiza un acto de reproducción. Corresponde entonces estudiar si esa conducta es subsumible bajo la hipótesis de reproducción contemplada en la LPI.

El artículo 5 letra u) de la LPI define reproducción como “la fijación permanente o temporal de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento”.

El usuario que descarga un archivo que contiene una obra mediante redes P2P lo que hace es crear un nuevo archivo, distinto del almacenado en el ordenador de el o los usuarios que lo compartieron. En otras palabras, realiza una copia o duplicado perfecto

del mismo. Ese duplicado implica una fijación permanente de la obra, pues el nuevo archivo la contiene en formato digital y permanecerá ahí el tiempo que el usuario lo desee. A su vez, la fijación de la obra en un nuevo archivo permite la comunicación y la obtención de copias de aquella, ya sea mediante redes P2P o por otro medio.

Por lo tanto, el análisis de la reproducción en esta materia no presenta mayores problemas. Pero como ha sido la tónica con el desarrollo de las nuevas tecnologías, se podrían plantear hipótesis en las cuales lo examinado no queda tan claro.

En efecto, surge la duda sobre si efectivamente existe un acto de reproducción cuando el usuario que descarga un archivo que contiene una obra protegida detiene el proceso de descarga, almacenando así sólo la porción descargada; o si descarga sólo un fragmento de aquella bajo la modalidad del *swarming*, independiente de si la porción descargada fue considerable o no. El argumento básico consiste en señalar que en este aspecto la ley se refiere a que la copia puede ser del todo o de una parte de la obra, por lo que no se requiere una copia literal.¹⁶⁵

Por lo tanto, en base a dicho argumento, un individuo que detiene la descarga sí estaría realizando un acto de reproducción, pues habría reproducido un trozo del archivo, el que a su vez contiene un trozo de la obra, lo que sería suficiente para la LPI. En iguales términos, un individuo que descarga un fragmento de obra a través de *BitTorrent*, por

¹⁶⁵ GRUNEWALDT, A. 2013. Delitos contra los derechos de autor en Chile. Revista Chilena de Derecho y Tecnología 2(2):95-163. p. 120. Pero podría entenderse que el sentido de la ley es otro. Es así como el artículo 5 letra u) pareciera en primer lugar referirse a la fijación de la obra en un medio (soporte), y que ese medio permita la comunicación posterior de la obra o la obtención de copias de toda o parte de ellas. En definitiva, el texto legal no haría alusión a si la reproducción debe ser de todo o parte de la obra, sino que el medio en que se fija sea susceptible de ser copiado en todo o en parte. De todos modos, el citado autor no lo ha entendido así.

ejemplo, incurriría en la misma conducta, porque el fragmento del archivo utilizado por el programa contiene parte de la obra.

Ahora bien, el autor de este trabajo es de la opinión que hay que tener en cuenta algunas consideraciones apartes antes de generar una respuesta aceptable en la materia. En primer lugar, se debe considerar que no es lo mismo un fragmento de archivo que contiene una obra que un fragmento de una obra. Así, cuando se aprecia la obra “El grito” de Edvard Munch, no cabe duda que si se reproduce el fragmento que ilustra a la persona representada en la pintura, se tendría un nuevo trozo de la obra. Pero esto no ocurre cuando una imagen digitalizada de la obra es compartida mediante redes P2P, pues si el usuario descarga una parte del archivo y pretende ejecutar el mismo para visualizar la parte descargada, no lo logrará, debido a que se debe reunir el todo, esto es, el 100% del archivo para poder visualizar la obra.

En segundo lugar y siguiendo a Elisa Walker, la jurisprudencia extranjera ha resuelto este problema acudiendo al criterio de copia “substantial” de la obra. Dicho criterio es empleado por el artículo 5 letra t) de la LPI, el cual, al definir copia de programa computacional, lo hace como “soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él.”

Según la jurisprudencia de Reino Unido, “la substancialidad es un criterio que se relaciona con las cualidades de la obra que la dotan de originalidad. De tal forma que si

la parte copiada de la obra corresponde a un lugar común ésta no merecerá protección”.¹⁶⁶ Si se emplea este argumento para dar respuesta a la interrogante planteada, se puede concluir que la descarga de un fragmento de archivo no implica reproducción, pues aunque la porción descargada fuese el 99,9% del archivo, es incorrecto asignarle el estatus de porción substancial, toda vez que lo que caracteriza a ésta es la originalidad, esto es, la posibilidad de atribuirle individualidad a la obra, lo que de ninguna forma es posible mediante un fragmento que al ser ejecutado no permita apreciar la misma¹⁶⁷. Así, “la única forma que un tercero pueda comprobar lo anterior (que ha descargado un archivo que contiene una obra) es a través de la descarga completa. Incluso se puede dar el caso de que en verdad se esté descargando un virus u otro archivo”.¹⁶⁸

Por lo tanto, en base a este argumento, sólo existe reproducción por descarga de archivos mediante programas P2P si el usuario descarga el total del archivo. Al igual como se señaló respecto de los sujetos que comparten archivos, si el usuario descarga un archivo y éste no contiene una obra (aunque crea que sí), no habría infracción, pues no se atentaría contra el bien protegido por la LPI.

En caso de descargar el total del archivo sin autorización previa por parte del titular, la sola infracción daría cuenta de la culpa del usuario, aunque podría plantearse el caso en que un usuario de red P2P, pretendiendo descargar un archivo que no contiene obra protegida, lo hiciera respecto de una que sí lo está. Se considera que esta situación

¹⁶⁶ EWALKER ECHEÑIQUE, E. *Op. Cit.*, p. 163 (las comillas han sido eliminadas).

¹⁶⁷ Un fragmento que no permite la ejecución del archivo en definitiva es un archivo corrupto.

¹⁶⁸ GONZÁLEZ, M. *Op. Cit.*, p. 82.

no puede ser constitutiva de culpa por parte del usuario, pero será aquel quien tendrá la carga de excusarse.

En tercer lugar, el solo hecho de detener la descarga evidenciaría la falta de intención del usuario en infringir el derecho de autor, argumento que debe ser tratado en relación a los mencionados anteriormente. Esto pareciera ser más relevante desde la perspectiva del derecho penal, al igual como lo aprecia Andrés Grunewaldt para el caso de los usuarios que comparten.

Finalmente, si lo descargado son interpretaciones y ejecuciones de un artista, podría haber infracción al artículo 66 número 1), que prescribe que “(...) se prohíbe sin su autorización expresa, o la de su heredero o cesionario, los siguientes actos: (...) 1) La grabación, reproducción, transmisión o retransmisión por medio de los organismos de radiodifusión o televisión, o el uso por cualquier otro medio, con fines de lucro, de tales interpretaciones o ejecuciones”.

El artículo requiere que exista fin de lucro por parte de quien efectúa los actos descritos para que se configure la infracción, sin especificar en qué consiste ese lucro. Así, si bien los usuarios no generan ganancias “positivas”, lo cierto es que se ahorran el costo de acceso a la obra, por lo que sí obtienen ganancias “negativas”; y si el lucro en este artículo abarca esa esfera sí existiría infracción.

Por otro lado, es normal que lo descargado corresponda a un archivo que contiene fonogramas digitalizados, por lo que se infringirá el artículo 68 inciso primero, que señala que “[l]os productores de fonogramas gozarán del derecho de autorizar o prohibir la

reproducción, el arrendamiento, el préstamo y demás utilizaciones de sus fonogramas, incluyendo la distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su fonograma que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”.

3. La obra no debe haber caído en dominio público o no o no debe expirado el plazo de protección de los derechos conexos

Como se ha señalado en reiteradas ocasiones, si lo “subido” o “bajado” es un archivo que contiene una obra de un autor desconocido, o cuyo plazo de protección se extinguió, por ejemplo, no cabe hablar de infracción al derecho de autor, en la medida la conducta respete los límites impuesto por la LPI.¹⁶⁹

Este argumento es aplicable a los titulares de derechos conexos en lo que respecta a la infracción, pues cuando expira el plazo de protección, el monopolio conferido por la ley se extingue. Esto no quiere decir que por ese hecho la obra haya caído a dominio público, pero los efectos son similares.

¹⁶⁹ Oppenheimer distingue cuatro tipo de obras compartidas por redes P2P, en lo que respecta a la legislación norteamericana: Aquellas que han caído en dominio público; las que el propio titular autorizó ser compartidas; aquellas en que el hecho de ser compartidas es amparable bajo el *fair use*; y las que no caben dentro de ninguna de las categorías anteriores, correspondiendo el uso de estas a una infracción. (OPPENHEIMER, M. *Op. Cit.*, p. 32.)

4. La conducta no debe estar amparada por alguna excepción o limitación al derecho de autor

Sin perjuicio de las limitaciones que contempla la CPR respecto de la propiedad y que son aplicables al derecho de autor, la LPI contiene un conjunto de limitaciones y excepciones “cuya finalidad es asegurar un espacio para el desarrollo de los intereses de los usuarios”¹⁷⁰ (entendiendo por usuarios en este caso a la ciudadanía que accede y usa las obras).

Las excepciones se encuentran reguladas en el Título III de la LPI, denominado “Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos”. Cabe destacar que, acorde al tenor literal de dicho título, las limitaciones y excepciones son aplicables tanto al derecho de autor como a los derechos conexos.

El efecto propio de que la conducta de un individuo esté amparada bajo una excepción taxativamente consagrada en la ley, es similar al de la utilización de una obra que ha caído en dominio público. Esto significa que “todas las hipótesis estipuladas en la ley pueden ser desarrolladas sin necesidad de solicitar una autorización previa del autor o del titular del derecho, y a su vez la ley no exige que se pague una remuneración como contrapartida por el uso libre de las obras”.¹⁷¹ Por lo mismo y respecto a una eventual responsabilidad extracontractual, cuando el actuar de un individuo se adecua a alguna de

¹⁷⁰ WALKER ECHEÑIQUE, E. *Op. Cit.*, p. 196.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 200.

las limitaciones y excepciones consagradas en la ley, aquel actuar está tolerado por el derecho, operando así dichas limitaciones y excepciones como causales de justificación.

A diferencia de ciertas legislaciones extranjeras, la LPI chilena no contempla una excepción genérica al derecho de autor, sino que un catálogo taxativo de conductas toleradas. Como se pudo apreciar al estudiar la jurisprudencia comparada, lo normal es que, ante posibles demandas por infracción al derecho de autor por parte de los usuarios de redes P2P, la defensa empleada consista en encasillar las conductas de aquellos bajo alguna excepción de carácter amplio contemplada en la ley, como por ejemplo el *fair use*¹⁷² o la excepción de copia privada¹⁷³, aunque lo cierto es que existen serias dudas sobre la procedencia de las mismas.

¹⁷²Respecto del *fair use* contemplado en la legislación estadounidense, los argumentos referidos a la imposibilidad de que los usuarios puedan emplear dicha excepción se encuentra en la jurisprudencia analizada, particularmente en el caso *Napster*.

¹⁷³La excepción de copia privada es propia de la legislación española en materia de derecho de autor. Dicha excepción se encuentra ubicada en el artículo 31.2 de la LPI española, el que señala que “[n]o necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador” (ESPAÑA. Ministerio de Cultura. 1996. Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, 12 abril 1996. [en línea]). Mucho se ha discutido en la doctrina española sobre la posibilidad de invocar la excepción de copia privada para amparar la conducta de los usuarios de redes P2P. Sin embargo, pareciera ser que no tiene cabida dicha excepción actualmente. Rafael Sánchez Aristi señala que es imposible aplicar dicha excepción por diversos motivos: en primer lugar, el colocar archivos que contienen obras protegidas en la carpeta compartida implica un acto de puesta a disposición, por lo que el usuario da una utilización colectiva a esa copia, incompatible con el límite de copia privada. En segundo lugar, no se cumpliría el requisito de que el usuario realice una reproducción de una obra a la cual haya accedido legalmente, pues todos los comportamientos realizados por los usuarios penetran de lleno en la órbita de los derechos de sus titulares (SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, p. 169-174). En contra, Ignacio Garrote estima que eventualmente podría acudirse a esta excepción por los usuarios si se limitan a descargar y extraer el archivo de la carpeta compartida, pues no existiría la utilización colectiva de la obra (GARROTE, I. *Op. Cit.*, p. 261).

Otro ejemplo de excepción al derecho de autor es la sección 80 número 1 de la *Copyright Act* canadiense, la que excluye de responsabilidad a quienes descarguen obras musicales y otras grabaciones de sonidos para usos personales.¹⁷⁴

Lamentablemente en la legislación nacional no hay excepciones de este tipo (de carácter general), por lo que cualquier acto realizado mediante estas redes no puede ampararse en las mismas. Dentro del listado de hipótesis específicas que contiene la LPI, no hay ninguna que sea aplicable al presente caso.

5. El daño y la causalidad

El daño y la causalidad pueden llegar a ser uno de los temas más difíciles y controvertidos en materia de programas redes P2P. La dificultad de la determinación del daño ha conllevado a que existan opiniones dispares sobre el tema.

En el caso *Napster* se apreció como los demandantes alegaban que la conducta contraria a derecho de los usuarios se tradujo en pérdidas cuantiosas para los titulares de *copyright*. En ese entonces, fue la industria de la música la que se vio más perjudicada, pues se señalaba que la descarga ilegal sustituía o reemplazaba a la compra del *cassette* y el *compact disk*, bajo la lógica que el usuario que descarga deja de pagar lo que corresponde en el mercado legal. De igual forma, la tendencia en la doctrina comparada

¹⁷⁴ CANADÁ. Congreso de Canadá. 1921. Copyright Act canadiense, sección 80 número 1. S-I, 1921. [en línea] <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/Index.html>> [consulta: 3 OCTUBRE 2014]

ha sido atribuir un efecto negativo a la conducta de los usuarios de programas P2P, pues el intercambio ilícito supuestamente se traduciría en menores ganancias de los titulares, independiente de qué tipo de obra en concreto sea la que se intercambia.

Aun así, se han considerado ciertos matices a la hora de estudiar este problema, pero siempre con la idea que la conducta de los usuarios es nociva. Sánchez Aristi considera que “[e]s cierto que el volumen de descargas efectuadas en las redes P2P no es equiparable al número de unidades dejadas de vender, pues el usuario medio no tendría la capacidad económica para adquirir la misma cantidad de contenidos que se descarga (...). Sin embargo, parece difícil sostener que las redes de intercambio P2P carecen de la menor influencia en el volumen de ventas –o alquiler- de soportes comerciales de audio y video. (...) [N]o hace falta gran capacidad deductiva para inferir que, si parte del público consigue gratuitamente a través de las redes las canciones o películas que se desea disfrutar, el mercado de pago, sea en línea o fuera de línea, se resentirá”.¹⁷⁵ Para este autor, independiente de los eventuales efectos positivos provenientes del uso de estas redes, son los titulares de derechos quienes deciden cómo organizar la explotación de las obras. Por lo mismo, considera que en el derecho de autor basta la existencia de una infracción para que surja el deber de indemnizar por parte del sujeto infractor, independiente de la repercusión positiva de la conducta.¹⁷⁶

Así mismo, para Pedro Letai “[e]s evidente que el intercambio de archivos en redes P2P supone una pérdida de venta por los canales legales, pero también es igualmente

¹⁷⁵ SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, p.78.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p.81

claro que cuantificar dicha pérdida supone un problema casi irresoluble en la práctica, pues no hay que olvidar que la pérdida de beneficios globales que han experimentado las industrias culturales no se debe sólo a la actividad de las redes P2P sino a otras actividades, como la puesta a disposición del público en sitios web no autorizados, el intercambio de archivos por correo electrónico o, simplemente, la venta callejera de contenidos protegidos.”¹⁷⁷

Independientemente de lo señalado por los citados autores, en el presente trabajo se considera que el análisis de los daños ocasionados por los usuarios de programas y redes P2P debe ser realizado en base a dos supuestos: la constatación efectiva de la existencia del daño producto de la infracción y la evaluación concreta del mismo.

A) Constatación del daño producto de la infracción

La constatación del daño dice relación con el supuesto de si la conducta de los usuarios efectivamente causa un daño que sea susceptible de ser indemnizado. Lógicamente, si se sigue la tendencia de la doctrina mayoritaria, el daño necesariamente existe a consecuencia de la infracción, y sólo debe ser cuantificado o avaluado de manera determinada en base a la extensión y magnitud del mismo, entre otros parámetros. En todo caso, el análisis que se realizará permitirá determinar la naturaleza del daño producto de la actividad ilícita; y hasta qué punto se extiende éste.

¹⁷⁷ LETAI, P. *Op Cit.*, p.443.

El daño a indemnizar será el lucro cesante, pues se parte del supuesto que el hecho de compartir mediante las redes P2P se traduce en una apropiación indebida de los derechos intelectuales, la cual tiene un efecto negativo en los futuros ingresos que los titulares de derechos puedan obtener por la explotación patrimonial de las obras. Indudablemente pueden existir hipótesis en que el daño a indemnizar sea el daño emergente o el daño moral, pero aquellas no dicen relación con la generalidad de los casos, por lo que no serán tratadas aquí por ser supuestos específicos.

Para llegar a la conclusión de que el daño a indemnizar es el lucro cesante, se parte del supuesto de que el usuario que descarga accede de manera ilegal y gratuita a una obra a la que debió acceder de manera legal y onerosa, ahorrándose así el costo de acceso, donde el ahorro del sujeto infractor se traduce en la pérdida de ganancias futuras para el titular de los derechos (por lo que existe una correlación necesaria entre el ahorro y la pérdida económica). Este postulado tiene como fundamento el hecho de que efectivamente existe un lucro cesante, y que aquel es causado por la conducta infractora.

En esta línea, se examinará en base a estudios empíricos qué tan cierta es dicha hipótesis. Los estudios que se analizarán se refieren a los mercados de la industria de la música, el cine y el libro; tanto en el mercado *on line* como en el *off line* de cada uno de ellos.

Respecto a la industria de la música, un estudio desarrollado por Manuel Herrera-Usagre¹⁷⁸ propone hacer una relación entre la descarga de contenidos y la asistencia a conciertos. Si bien aquella relación no es relevante para los fines de la presente memoria, su trabajo será citado porque hace una síntesis de los principales estudios estadísticos sobre el vínculo que existe entre las descargas y la venta de discos de música.

El mentado estudio parte desde dos perspectivas: En primer lugar, la de la sustitución utilitarista, donde “aquellos individuos que más películas y más música se descargan son los que menos CDs originales compran. Es, en ese sentido, una sustitución de un bien que antes tenía un precio en el mercado y al que ahora se tiene acceso libre y gratuito”.¹⁷⁹ Esta hipótesis coincide con la de lucro cesante que se ha expuesto. Desde esta perspectiva, habría una relación inversamente proporcional entre las descargas y las ganancias, pues mientras mayores son las descargas de contenido ilícito, menores serían las ganancias de los titulares de derechos, siendo esta la postura clásica adoptada en un principio por la doctrina y jurisprudencia comparada.

Por otro lado, existe la perspectiva de la complementariedad, donde “los individuos que más contenidos se descarguen no tienen por qué estar haciendo una sustitución de un comportamiento por otro. Pueden estar simultaneando ambos patrones de consumo (compra y descarga)”.¹⁸⁰

¹⁷⁸ HERRERA-USAGRE, M. 2011. El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos. El caso de España [en línea] <<http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/viewFile/259114/346405> > [consulta: 12 octubre 2014]

¹⁷⁹ HERRERA-USAGRE, M. *Op. Cit.*, p. 760.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 761.

La siguiente tabla muestra la síntesis de las principales conclusiones de los distintos estudios referidos al mercado musical y al soporte físico (discos). Está ordenada por la fecha de publicación de cada estudio, y señala los resultados concretos sobre los efectos del intercambio de archivos en la venta de discos.

Estudios empíricos sobre el efecto del intercambio de archivos en la venta de música
(soporte físico)

Autor	Publicación	Periodo	Ámbito geográfico	Resultados	Perspectiva
Hui y Png	2003	1994-1998	28 países	Por cada CD pirateado, las ventas caen en 0,42 unidades.	Sustitución utilitarista
Peitz y Waelbroeck	2004	1998-2002	16 países	La piratería reduce las ventas en un 20%. El efecto es significativo: un nivel del 10%. En particular, la descarga de música puede haber causado una reducción del 10% en la venta de discos en 2001 alrededor del mundo.	Sustitución utilitarista
Blackburn	2004	2003	Estados Unidos	El intercambio de archivos de música tiene un efecto significativo en la venta de discos. En particular, los nuevos, y relativamente poco conocidos, artistas se ven beneficiados por la existencia de sus creaciones en las P2P, mientras que los artistas bien conocidos o	Complementariedad del consumo

				consumados sufren pérdida de ventas.	
Tanaka	2004	2004	Japón	Existe una evidencia muy débil de que el intercambio de archivos reduzca las ventas de CDs. No ha aparecido una correlación entre venta de CDs y número de descargas.	Complementariedad del consumo
Zentner	2006	2001	7 países europeos	El uso de P2P reduce la probabilidad de comprar música en un 30%.	Sustitución utilitarista.
Michel	2006	1999-2003	Estados Unidos	El intercambio de archivos ha reducido la venta de álbumes hasta en un 13%.	Sustitución utilitarista.
Montoro-Pons y Cuadrado-Garcia	2006, 2011	2003,2000-2007	60 países	Las pérdidas debido a la piratería son el equivalente a una media del 131% del mercado legal. Ponderando a cada país en su participación del mercado global, el porcentaje llega alrededor del 30% del mercado global legal. Las descargas tienen un efecto negativo sobre la compra de discos, pero no sobre la asistencia a conciertos.	Sustitución utilitarista.
Oberholzer-GeeyStrumpf	2007	2002	Estados Unidos	Las descargas tienen un efecto en las ventas estadísticamente indistinguible de 0. Estas estimaciones son inconsistentes con las reclamaciones de que el	Complementariedad del consumo.

				intercambio de archivos es el principal motivo de la reciente disminución de venta de música.	
Hong	2004; 2011	2000	Estados Unidos	La introducción de Napster explica el 20% de la reducción de gasto en música.	Sustitución utilitarista.
Liebowitz	2008	1998-2003	Estados Unidos (ciudades)	La tasa de penetración de Internet del 60% entre la población ha reducido la venta de discos en 1,27 discos per cápita. Si contamos aquella población que intercambia archivos, la caída se sitúa en 3,55 unidades por persona.	Sustitución utilitarista.
Leug	2009	2008	Hong Kong	Aquellos estudiantes universitarios que piratean un 10% más de música a través de las P2P, compran un 0,7% menos en iTunes y un 0,4% menos de CDs.	Sustitución utilitarista.
McKenzie	2009	2007-2008	Australia	No hay un impacto significativo de la actividad de descarga de discos sobre las ventas legales de música.	Complementariedad del consumo.
Andersen y Frenz	2010	2006	Canadá	No se ha encontrado que las descargas a través de P2P estén asociadas a una menor compra de CDs. Es más, ciertas motivaciones tras el uso de las P2P tienen un efecto positivo sobre las ventas de CDs, como el efecto «prueba	Complementariedad del consumo.

				antes de comprar». Cuando la actividad de uso de P2P está motivada por el efecto «alto precio de CDs», las descargas desplazan la compra de CDs.	
--	--	--	--	--	--

Fuente: HERRERA-USAGRE, M. El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos.

La primera conclusión que se puede extraer de los estudios indicados, es que no existe consenso en cuanto a si el acto de descarga de archivos protegidos mediante redes P2P se traduce efectivamente en una menor ganancia para los titulares de derechos, en lo que a la industria de la música *offline* respecta. Esto debido a que existen estudios que incluso señalan que el intercambio de archivos protegidos mediante redes P2P beneficia la venta de discos, no existiendo propiamente tal una sustitución entre el acceso legal por el ilegal.

Se puede concluir que, al examinar la totalidad de estos estudios, si bien existe una actividad contraria a derecho imputable al usuario, dicha actividad no se traduciría necesariamente en un perjuicio (lucro cesante) para los titulares de derecho, aunque es lógico concluir que a lo menos existe una razonable probabilidad de que así lo sea, esto es, una razonable probabilidad de que el sujeto infractor sustituya el acceso lícito por el ilícito en presencia de programas y redes P2P, ocasionando así el daño.

La segunda conclusión a la cual se puede llegar, es que aquellos que estiman que existe una sustitución entre la música descargada y la compra de discos no están contestes

en cuál es el índice de sustitución efectiva, lo que dependerá de una serie de factores, como por ejemplo, la capacidad económica de los sujetos infractores.

Por lo tanto, tras examinar estos estudios, se puede concluir que la hipótesis de que la descarga ilegal por estas redes *per se* implica un daño, entendido aquel en este supuesto como una sustitución perfecta entre el acceso oneroso y legal de la obra por el gratuito e ilegal, no es necesariamente correcta, y a lo más hay una probabilidad de que así lo sea, esto es, hay una probabilidad de que un usuario que descargó un archivo musical haya dejado de, por ejemplo, comprar un disco en el mercado legal. No es dable entonces señalar que un disco que se descargó equivale a un disco que se dejó de vender.¹⁸¹

La falta de certeza en este ámbito dice relación con la idea de que es imposible pretender que un individuo que descargó un archivo sin autorización efectivamente iba a pagar por aquel (y así generar la ganancia para el titular de derechos), pues existe la posibilidad de que nunca hubiese tenido la intención comprar el disco o que hubiese podido aquello, por ejemplo. Ahora bien, es imposible determinar en el caso a caso si el usuario efectivamente hubiese pagado por acceder a la obra, por lo que es necesario establecer un criterio objetivo de índole probabilística como el que se ha propuesto para determinar el daño, esto es, de que efectivamente hay una razonable probabilidad de que el individuo hubiese dejado de pagar por acceder legalmente a la obra en presencia de programas y redes P2P.

¹⁸¹ PIÑEROS, S. 2013. Los nuevos modelos: Una solución equilibrada a la problemática del P2P. Revista Universidad Externado de Colombia (17):5-29, p.10.

Aun así, estos estudios no permiten obtener conclusiones respecto de la actividad de los sujetos que se limitan a poner a disposición del público material protegido, incluso sin efectuar descargas, siendo igualmente esta una conducta infractora. Esta hipótesis adquiere mayor relevancia en los casos que el sujeto infractor solamente comparte archivos y lo hace en enormes cantidades.

La conclusión a la cual se ha llegado también dice relación con que los programas P2P no son el único mecanismo que tienen los usuarios para acceder ilegalmente a obras protegidas. De ahí que la sola actividad de intercambio no puede explicar las pérdidas de los titulares de derechos.

No tan diversa ha sido la experiencia en el mercado *on line* de la música. Felix Oberholzer-Gee y Koleman Strumpf concluyeron que el compartir archivos musicales mediante redes P2P tiene un efecto estadístico cercano a cero sobre las descargas de álbumes (esto es, la vía ilegal de adquisición no reemplaza necesariamente a la legal).¹⁸² Otro estudio señala que existe probabilidad de que las descargas afecten negativamente el mercado de los discos, pero que benefician al mercado digital de la música.¹⁸³

Luis Aguiar y Bertin Martens consideran que el punto crucial es saber si el consumo ilegal (la descarga de un álbum o una canción sin autorización) se habría convertido en el consumo legal (el pago de licencia de descarga) en la ausencia de canales

¹⁸² Oberholzer-Gee, F. y Strumpf, K. 2007. The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis [en línea] <<http://www.programascomputo.com.mx/evp26.htm> com.mx> [consulta: 22 octubre 2014] p. 39.

¹⁸³ BASTARD, I. et al. 2007. L'impact du Piratagesurl'Achatet leTéléchargement Legal:uneComparaison de QuatreFilièresCulturelles [en línea] <http://panic.wp.mines-telecom.fr/files/2012/04/Piratage4filières_06avril2012.pdf > [consulta: 22 octubre 2014] p. 2.

de consumo ilegales (el programa y la red P2P).¹⁸⁴ Su estudio concluye que la piratería de música digital no desplaza compras legales de música en formato digital. Esto significa que aunque hay infracción de los derechos de propiedad privada (derechos de autor y derechos conexos), no es probable que sea mucho el daño hecho en los ingresos de música digital. Este resultado, sin embargo, debe interpretarse en el contexto de una industria de la música sigue evolucionando.¹⁸⁵

Por lo tanto, pareciera ser que las pérdidas ocasionadas en el mercado digital de la música son menores que las del mercado del soporte tangible. Aun así, existe una probabilidad de que el daño ocurra a futuro, pero en ningún caso en una relación de sustitución perfecta de “uno es a uno”.

En cuanto a la industria del cine, son muy escasos los estudios respecto de las posibles pérdidas sufridas por los titulares de derechos. Al respecto, existe un estudio realizado por Koleman Strumpf, el que abarca el período de 2003 a 2009. Aquel concluye que, en base a datos aportados por *BitTorrent*, el desplazamiento que puede originar la descarga ilegal de películas es muy pequeño, lo cual puede ser explicado por la baja calidad de los archivos que contienen estas obras. Más aun, el compartir películas que todavía no se han estrenado tiene leve efectos positivos para los titulares.¹⁸⁶

¹⁸⁴ AGUIAR, L. y MARTNES, B. 2013. Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data [en línea] < <http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf> > [consulta: 22 OCTUBRE 2014] p. 3.

¹⁸⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁸⁶ STRUMPF, K. 2014. Using Markets to Measure the Impact of File Sharing on Movie Revenues [en línea] < http://autoblog.suunitsu.eu/autoblogs/wwwnumeramacom_ab7091c323dbb7e93cae510f0807f67ce408eee8/media/dd27682e.Strumpf.pdf > [consulta: 22 OCTUBRE 2014] p. 3.

Respecto del mercado del libro, hay quienes consideran que los programas P2P son una forma de publicidad que favorece la visibilidad de los mismos y que, en todo caso, no impide que los lectores interesados dejen de acudir a los sitios *web* de editoriales y librerías en línea para adquirir una versión autorizada del libro. Aquí se observa una complementariedad más que una destrucción de ventas, explicable por el hecho de que los que descargan contenidos son al mismo tiempo grandes lectores y compradores.¹⁸⁷ Respecto del mercado digital del libro, hay estudios que señalan que no existe una correlación entre la descarga ilegal de libros y el descenso de ventas en el sector.¹⁸⁸

En conclusión, tanto en el mercado de la música como en el del cine y el libro¹⁸⁹, la conducta del usuario que se apropia indebidamente del bien inmaterial puede ocasionar daños, y pareciera ser que la probabilidad de ocurrencia del daño va a variar dependiendo del tipo de obra, pudiendo incluso llegar a beneficiar a los titulares de derechos. Esta mera razonable probabilidad de ocurrencia de daños tiene su fundamento en la hipótesis señalada de que no es posible pretender que toda descarga implique *per se* un disco o un libro que se dejó de comprar o descargar (pagar por una licencia) en ausencia de la red P2P, pues siempre existe la posibilidad latente de que el individuo, en definitiva, no hubiese accedido de manera legal a la obra, lo que puede ser explicado por múltiples razones.

¹⁸⁷ CORDÓN-GARCÍA, J.A. et al. 2011. Libros electrónicos: oferta comercial y redes p2p. Revista El profesional de la información 20 (2):149-158, p. 150.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p.151.

¹⁸⁹ Se podría pensar lo mismo incluso para la industria del *software*.

Cabe recordar lo señalado respecto a que los archivos compartidos pueden contener obras que han caído en dominio público, por lo que es imposible establecer una relación inversamente proporcional entre la descarga y la posible ganancia dejada de recibir por el titular de los derechos, basada en la premisa de la sustitución perfecta. El mismo razonamiento es aplicable al caso del mercado del cine (en su relación con el acceso a las salas de cine y adquisición de soportes tanto físicos como digitales) y al del libro.¹⁹⁰

La conclusión a la cual se ha llegado tiene su fundamento jurídico en las siguientes ideas:

En primer lugar, al analizar la naturaleza del lucro cesante, es importante tener en consideración que éste “tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado”.¹⁹¹ Como las ganancias dejadas de ser percibidas por el titular de derechos son un lucro cesante, siempre serán por definición ganancias inciertas, sujetas a la incertidumbre de que efectivamente se hubiesen obtenido en base al curso normal de los acontecimientos.

En segundo lugar y acorde a un criterio de causalidad, es sumamente complejo establecer a ciencia cierta que la conducta infractora del usuario habría ocasionado el

¹⁹⁰ Si bien no hay una correlación perfecta entre el acceso ilegal de la obra y el acceso legal, perfectamente podría cuestionarse el acceso ilegal a la obra por parte del usuario bajo la perspectiva del enriquecimiento ilícito, toda vez que aquel estaría obteniendo un beneficio obviando los requisitos legales, sin perjuicio de que de su conducta no se pueda extraer que logró efectivamente realizar un daño.

¹⁹¹ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 262.

lucro cesante del titular de los derechos. En base a los estudios analizados, a lo más se puede concluir que existe una probabilidad de que la conducta infractora hubiese ocasionado el daño, pero en ningún caso que dicha conducta se tradujera necesaria y totalmente en una pérdida económica para el titular de derechos. Así, quizás acorde al elemento material de la causa la conducta ilícita haya ocasionado el daño, pero acorde al elemento normativo es imposible concluir que ese daño se deba totalmente a la infracción.

Hasta ahora se ha hecho referencia a la actividad de intercambio desde el punto de vista del usuario que se dedica a descargar información; pero un usuario igualmente puede dedicarse a compartir información. Si se entiende que el mero hecho de compartir implica una infracción (en el supuesto de que lo que se comparte son obras protegidas), existiría daño por ese solo hecho, pero difícilmente por otro, pues de esa pura conducta no se desprende que el titular de derechos haya dejado de recibir ganancias, ya que estas son asociadas netamente a la actividad de descarga. En otras palabras, la manifestación del lucro cesante sólo estaría presente en la actividad de reproducción, pues en ese ámbito es que se vislumbra la eventual sustitución entre el acceso legal y gratuito por el ilegal y oneroso, no así por el acto de poner a disposición del público, acto que vendría solamente a posibilitar la descarga.

Aun así, el lucro cesante puede ser identificado en otro supuesto: si se entiende que el usuario que pone a disposición del público una obra debiese haber pagado al titular de los derechos la licencia respectiva, es dable presumir que éste último dejó de percibir un ingreso al que tenía derecho, hipótesis que es compatible con la de que la mera infracción conlleva un daño indemnizable.

Como se verá, esta postura ha sido acogida por la jurisprudencia nacional en diversos fallos, como por ejemplo, en aquellos en que la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) demanda de indemnización de perjuicios por actividades infractoras como la comunicación pública en dicoteques u hospitales de obras de su repertorio. A diferencia de lo señalado para el caso de las descargas, aquí no se analiza si el sujeto infractor hubiese o no pagado la licencia, sino que se condena directamente a pagar la tarifa que debía haber pagado al demandante; criterio de evaluación del daño denominado la regalía hipotética en el derecho comparado.

B) Evaluación del daño

Entendiendo que efectivamente existe un daño indemnizable producto de la actividad infractora de los usuarios de programas P2P, el problema que sigue es determinar el monto de dicho daño. La evaluación del daño puede devenir en un problema sumamente controvertido si es que no se analizan los presupuestos correctos del caso. Para poder llegar a una respuesta acertada de como evaluar los perjuicios causados por un usuario que comparte y descarga archivos por redes P2P, se estudiará en primer lugar la regulación comparada.

1) Regulación estadounidense

El U.S. *code* referido al *copyright law* (U.S.C.) contiene dos sistemas de evaluación de perjuicios por infracción al *copyright*: El del *actual damages and profits* (daños actuales y ganancias); y los *statutory damages* (daños estatutarios), ambos regulados en el párrafo 504 de dicha normativa, titulado *Remedies for infringement: Damages and profits*.

El sistema denominado *actual damages and profits* consiste en la “facultad de recuperar el importe de los daños que haya sufrido por la infracción, así como todos los beneficios obtenidos por el infractor. Con el objeto de cuantificar los beneficios del infractor, el titular del derecho lesionado debe presentar pruebas sobre dos puntos en cuestión. Por un lado, se deben probar sus gastos deducibles. Por otro lado, también se deben probar los beneficios que debe imputarse a otros factores que no sean la obra”.¹⁹²

Además, el derecho estadounidense contempla el sistema de los *statutory damages*, el que permite al “titular del derecho optar en cualquier momento antes de que se dicte sentencia definitiva, por recuperar, en lugar de los daños reales y las ganancias, un monto por daños estatutarios de toda lesión de los que participan en la acción, con respecto a cualquier trabajo, para el que cualquier infractor es responsable individualmente, o para el cual dos o más infractores son responsables conjunta y solidariamente, en una suma que el tribunal considere justa de no menos de \$ 750 o más de \$ 30,000.”¹⁹³

¹⁹² ESTADOS UNIDOS. Congreso de Estados Unidos. 1947. U.S. Copyright Law, Title 17, 30 julio 1947. [En línea] < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17> > [consulta: 16 octubre 2014] (la traducción es propia).

¹⁹³ *Ibid.*

“En caso que el propietario de los derechos sustente la carga de probar, y el tribunal considere que la infracción se haya cometido deliberadamente, el tribunal a su discreción podrá aumentar la adjudicación de daños estatutarios a una suma de no más de \$ 150.000. En el caso de que el infractor sostenga la carga de probar, y el tribunal considere que la infracción no era consciente y no había razón para creer que sus actos constituían una infracción del derecho de autor, el tribunal, a su discreción puede reducir la concesión de daños estatutarios a una suma de no menos de \$ 200”.¹⁹⁴

El fundamento del sistema de los *statutory damages* se basa en otorgarle cierta “recompensa” al titular de los derechos que ha sufrido una infracción, cuando existe dificultad en probar los daños y beneficios obtenidos por el infractor.¹⁹⁵ Acorde al texto del U.S.C., el demandante debe optar por una u otra vía, no pudiendo acumular ambas.

En la experiencia norteamericana, la mayoría de los casos estadounidenses se han solucionado en virtud de acuerdos extrajudiciales (lo que se explica muchas veces por la condena elevadísima a la que se exponen los demandados, como se señaló anteriormente). Algunos se han ido a juicio, y hay otros en que el jurado ha otorgado “premios” sustanciales a los demandantes.¹⁹⁶ Los casos paradigmáticos son los últimos, pues las sumas a que han sido condenados los demandados en algunos casos han sido exuberantes,

¹⁹⁴ U.S. Copyright Law, *Op. Cit.* (la traducción es propia).

¹⁹⁵ YEH, B. 2010. Statutory Damage Awards in Peer-to-Peer File Sharing Cases Involving Copyrighted Sound Recordings: Recent Legal Developments. [en línea] Congressional Research Service 7-5700 < http://ipmall.info/hosted_resources/crs/R41415_100916.pdf > [consulta: 22 octubre 2014] p.3.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 2.

conllevando el desarrollo de críticas hacia el sistema del *statutory damages*, por ser contrario al debido proceso en ese país.¹⁹⁷

En efecto, en el caso caratulado *Capitol Records Inc. v. Jammie Thomas-Rasset*, el demandado había utilizado el programa *Kazaa* para descargar al menos 24 canciones en su computadora, las cuales estaban protegidas con *copyright*, donde posteriormente las compartió a otros usuarios de *Kazaa*. El jurado lo declaró culpable de violación consciente del *copyright*, y otorgó a la demandante la suma de \$ 1.920.000 en daños estatutarios (80.000 dólares por canción infringida). El demandado recurrió de apelación en contra de la decisión del jurado, argumentando que aquella 1) violaba la Cláusula del Debido Proceso de la Constitución de los EE.UU; 2) era excesiva y chocante, lo que resulta en la necesidad de disminuir a la cantidad daños estatutarios al mínimo de \$ 750 por infracción del *copyright* y finalmente; y 3) era excesiva e impactante, resultando en la necesidad de un nuevo juicio.¹⁹⁸

La Corte estadounidense acogió el recurso, condenando al demandado a la suma de \$ 54.000 en total. Para esto, razonó en base a la doctrina del “*Remittitur*”, en virtud de la cual una decisión puede ser modificada cuando resulte tan groseramente excesiva que impacte a la conciencia de la Corte. El veredicto no se considera groseramente excesivo a menos que haya un resultado monstruoso o chocante.¹⁹⁹

¹⁹⁷ Así, se puede suponer el caso en que existe un usuario de programa P2P que descarga de manera ilegal un archivo que contiene una obra musical. El demandante sabe que el precio de la licencia asciende a la suma de un dólar, pero puede recibir una suma de 750 dólares como mínimo, pues el sistema de los *statutory damages* contempla ese piso, y el juez no puede bajar de aquel. El problema radica en aplicar dicha regla a cada infracción ocasionada, llegando a sumas aberrantes. (BARKER, J. *Op. cit.*, p. 525-526.)

¹⁹⁸ YEH, B. *Op. Cit.*, p. 7.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 8.

Por otro lado, en *Sony BMG Music Entertainment v. Tenenbaum*, diversas compañías disqueras demandaron a un joven universitario por \$ 1.000.000 en base al sistema de los *statutory damages*, por el hecho de haber descargado y compartido 30 canciones. El demandado fue condenado por infracción deliberada al *copyright*, ordenándole el jurado pagar la suma de \$675,000. El demandado apeló en base a la jurisprudencia de la Suprema Corte por la inconstitucionalidad de los daños punitivos y que la condena era grosera en base a la doctrina del “*Remittitur*”. La Corte falló en su favor.²⁰⁰

Fallos como los expuestos sólo demuestran los resultados nefastos a los que se puede llegar en estas materias, condenando incluso a menores de edad a sumas estratosféricas sobre la base de que sólo se requiere probar una infracción para tener por establecido el daño. Se ha señalado que la lógica del sistema de *statutory damages* obedece a los *punitive damages* o daños punitivos, en virtud de los cuales se busca incentivar a la interposición de demandas y a castigar a quienes infringen la ley.²⁰¹

La doctrina y jurisprudencia civil chilena han acogido la noción de daños punitivos. El profesor Barros señala que “[l]a responsabilidad civil asume un carácter punitivo cuando la indemnización excede la reparación del daño causado. En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una *pena civil*, que es *retributiva* respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es

²⁰⁰ YEH, B. *Op. Cit.*, p.10.

²⁰¹ BARKER, J. *Op. cit.*, p. 527.

una *sanción disuasiva*, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que están en posición de incurrir en la conducta reprochable”.²⁰²

Este tipo de indemnizaciones han sido utilizadas para la determinación del daño moral. Sin embargo, son criticables por conllevar problemas de justicia correctiva, pues al demandante le son reparados daños que no ha sufrido.²⁰³ Así, no sería deseable aplicar este tipo de forma de evaluación de perjuicios a la generalidad de los casos.

2) Regulación española

El artículo 140 del Texto Refundido de la LPI española es el que regula la indemnización por infracción al derecho de autor.

En su numerando primero, dicho artículo señala que “[l]a indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.²⁰⁴

²⁰² BARROS BOURIE. *Op. Cit.*, p.304

²⁰³ *Ibid.*, p. 207.

²⁰⁴ ESPAÑA. Ministerio de Cultura. 1996. Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, 12 abril 1996. [en línea]
< http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html> [consulta: 15 OCTUBRE 2014]

En el numerando segundo, dicho artículo contempla los criterios para evaluar el monto que se deberá indemnizar. Así, “[l]a indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”.²⁰⁵

El inciso primero del citado artículo hace referencia expresa a la posibilidad de solicitar la indemnización del lucro cesante en estas materias. Sin embargo, debido a la inexistencia en la legislación española de las indemnizaciones predeterminadas, hay autores que opinan que sería recomendable, de *lege ferenda*, la introducción de estos mecanismos de determinación de perjuicios.²⁰⁶ Por otro lado, la letra b) del citado precepto legal contempla el criterio de la regalía hipotética, el cual vendría a ser una herramienta útil para evaluar el monto indemnizatorio cuando la infracción consiste en la puesta a disposición de la obra.

²⁰⁵ Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia. *Op. Cit.*

²⁰⁶ GARROTE, I. *Op. Cit.*, p. 310.

Lamentablemente en la actualidad no existen sentencias españolas condenatorias en juicios contra usuarios de redes P2P.

3) Regulación chilena

Al igual que en la experiencia española, en Chile no existe jurisprudencia sobre juicios contra usuarios de estos programas. Es por esto que el mecanismo de evaluación del daño que se propondrá acá tiene sus fundamentos en los principios de responsabilidad civil y la regulación de la LPI.

El profesor Barros señala que “el cálculo del *lucro cesante* comprende normalmente un componente típico (en oposición a concreto e individual), que alude a los ingresos netos (descontado los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona *como* el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos. La prueba difícilmente puede determinar con certeza si el daño habría ocurrido, ni la suma precisa de los beneficios que la víctima habría obtenido. La necesidad de recurrir a estimaciones de base objetiva surge de la naturaleza del daño, porque envolviendo todo lucro cesante un factor de incertidumbre, la prueba en concreto de su materialización impone condiciones imposibles de satisfacer”.²⁰⁷ Barros señala que con

²⁰⁷ BARROS BOURIE, *Op. Cit.* p. 262.

frecuencia la jurisprudencia nacional es exigente en la prueba del lucro cesante, al punto de ser excesivo.²⁰⁸

En este trabajo se considera que los elementos objetivos que debe tener presente un juez civil para determinar el monto del daño son los siguientes:

En primer lugar, se debe determinar el tipo de obra que ha sido utilizada por el infractor, pues su naturaleza permitirá tener un parámetro en cuanto a su valor de explotación de mercado. Por ejemplo, si lo descargado es un archivo que contiene una obra musical, se deberá tener presente, acorde al artículo 85 E, el valor legítimo de venta al detalle de dicha obra musical. Si la obra no tiene valor legítimo de venta al detalle, el juez podrá decidir prudencialmente.

En segundo lugar, hay que tener en consideración el tipo de mercado en el cual participa el demandante, esto es, si es el mercado *online* u *offline*, pues, por ejemplo, el valor de venta de un disco difiere al valor de la licencia de descarga de un álbum. Lo mismo para otro tipo de obras.

En tercer lugar, cabe aplicar aquí la premisa a la cual se llegó anteriormente, esto es, que sólo existe una probabilidad de que el usuario hubiese accedido legalmente a la obra, lo que se traduce en que, de igual forma, existe una mera probabilidad de que el titular de los derechos hubiese generado ganancias por la explotación de la misma. Esta hipótesis es aplicable claramente a la infracción por reproducción; no así a la que consiste

²⁰⁸ BARROS BOURIE, *Op. Cit.*, p. 264.

únicamente en la puesta a disposición de la obra, pues este análisis es propio del primer supuesto²⁰⁹.

En cuarto lugar, independientemente que acorde a la postura de la doctrina mayoritaria la sola infracción acarree un daño que se deba indemnizar, el cual no requiera ser probado, pues la pura constatación de la infracción daría cuenta del mismo, el demandante sí deberá acreditar la extensión de este daño (acorde al artículo 1.698 del CC), esto es, que la actividad infractora del usuario se ha traducido en una menor ganancia para el titular de los derechos, ganancia que debe ser determinada. Para esto, en primer lugar el demandante deberá acreditar que el demandado explotó obras respecto de las cuales tenía derechos, lo que significó que haya dejado de obtener ingresos por ese hecho. En segundo lugar, debido a la dificultad de probar el monto específico del lucro cesante, lo normal es que el demandante acuda a las presunciones como medio probatorio. En tercer lugar, el demandante podría acompañar informes contables que permitan determinar las ganancias dejadas de ser percibidas.

Teniendo en cuenta estos factores, la determinación del monto a indemnizar aún sigue siendo un problema complejo. Para el caso de quien reproduce un archivo, es imposible determinar concretamente el lucro cesante específico que causa al demandante, pues habría que determinar si el individuo hubiese en definitiva accedido legalmente a la obra pagando por aquello, lo que es absurdo y se aleja a la vez de la naturaleza del lucro

²⁰⁹ Ahora bien, se podría criticar por qué en este caso no se analiza dicha hipótesis como “la mera probabilidad de que el sujeto infractor hubiese pagado la licencia respectiva para poner a disposición del público la obra”. Lamentablemente, no puede desconocerse la tendencia jurisprudencial en este aspecto, donde no se cuestiona si existe o no una probabilidad.

cesante, el cual por definición es indemostrable certeramente. En opinión del autor de este trabajo, en principio existen dos formas de determinar este tipo de daño:

La primera consiste en asignarle un valor a cada obra que descargó el demandado, valor que podría haber obtenido el demandante en caso que el demandado hubiese pagado por acceder a ella (valor legítimo de venta al detalle). De ahí que por cada archivo descargado el demandado deberá pagar esa suma compensatoria. Este mecanismo se basa en el criterio de sustitución perfecta, que si bien hace omisión a todo lo señalado respecto a que es imposible concluir que el usuario efectivamente hubiese accedido a la obra pagando por aquella, sí permite determinar el monto indemnizatorio concreto. Como se ha dicho, este criterio es utilizado en los casos en que la SCD demanda a discoteques o supermercados que hacen comunicación pública de obras de su repertorio, donde se emplea como elemento de determinación de la indemnización la tarifa que debiese haber pagado el demandado, sin importar si el demandado hubiese o no pagado dicha tarifa.

Un segundo mecanismo de evaluación consiste en aplicar un criterio de carácter porcentual que se haga cargo de la hipótesis acerca de que no existe certeza sobre el hecho de que el demandado hubiese efectivamente pagado por acceder a la obra, por lo que no hay una correlación necesaria entre lo que debió pagar el demandado y lo dejado de ganar por el demandante. Cabe recordar que el lucro cesante sólo dice relación con las eventuales ganancias que hubiese obtenido un individuo, pero en este caso dichas ganancias están ligadas al pago efectuado por el demandado, aunque no deben ser confundidos ambos conceptos.

Así, podría establecerse un criterio de determinación que vaya por rangos, donde si el valor legítimo de venta al detalle es X, se indemnizará con un porcentaje de dicha suma. Por ejemplo, si se supone que un usuario descargó una obra y el demandante argumenta que mediante una página *web* cobra por licencia de reproducción \$ 500, el juez deberá establecer un monto que medie entre \$1 y \$499, donde el \$1 representa la posibilidad mínima de haber accedido a la obra de manera legal, y los \$499 el hecho de reconocer que no hay certeza en que el individuo hubiese accedido de manera legal a la obra (y por eso no corresponde indemnizar \$500).

Podría utilizarse incluso la premisa de que el monto indemnizatorio por obra descargada variaría por el tipo de obra. Así, como se apreció en distintos estudios, el índice de sustitución entre el acceso legal por el ilegal depende del tipo de obra y del soporte de la misma. Aun en tal supuesto, sería sumamente complejo determinar específicamente el monto indemnizatorio en base a un criterio tan minucioso, que puede presentar dificultades de índole probatoria.

Por otro lado, para quienes se limitan a poner a disposición del público archivos compartiendo material protegido, no es posible concluir exactamente lo mismo, pues como se señaló, la comparación no puede hacerse entre la descarga ilegal y el gasto en que se hubiese incurrido para acceder legalmente a la obra, sino que tendrá que ser en base al valor de licencia de puesta a disposición que exista en el mercado. Éste será el único mecanismo de evaluación del daño posible en este caso (salvo la indemnización predeterminada, a la cual se hará referencia más adelante), pues es imposible hacer referencia a otro parámetro concreto de determinación. El problema es que, salvo las

entidades de gestión colectiva, es muy difícil encontrar empresas o personas que otorguen estas licencias.

Como se mencionaba, este criterio de evaluación ha sido utilizado por los tribunales nacionales, donde la Corte Suprema ha condenado al pago de tarifas respectivas cuando el demandante es la SCD. Así, en la causa caratulada “Sociedad Chilena Derecho de autor con Henríquez Correa Dulia”, Rol N° 5.257-2008²¹⁰, dicho tribunal condenó a la demandada, que comunicaba públicamente obras del repertorio de la demandante y sin su autorización, a indemnizar los perjuicios a la última. El fallo señala lo siguiente en el considerando número seis: “6.- Que la demandada al infringir las disposiciones de la Ley 17.336 sobre Propiedad Industrial (sic) al no requerir la autorización para comunicar públicamente obras musicales del repertorio de la SCD y pagar los derechos correspondientes de acuerdo a las tarifas fijadas al efecto, privando a los autores, compositores, artistas, productores y demás titulares de los derechos de autor y conexos, de la remuneración que legítimamente les habría correspondido, habrá de ser condenada a pagar a título de indemnización de perjuicios, el monto de dichas tarifas por el período de tiempo antes precisado;”

Finalmente, la sentencia señala que se condena a la demandada “a pagar a la actora a título de indemnización de perjuicios, la tarifa mensual del dos por ciento (2%) de los ingresos brutos mensuales del local "Boite Nubia", más un cincuenta por ciento (50%)

²¹⁰ SOCIEDAD CHILENA DERECHO DE AUTOR Con HENRIQUEZ CORREA DULIA. 05 de abril de 2010. Excm. Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N° 5.257-2008.

por derechos conexos, respecto del período comprendido entre el 1 de octubre de 1995 al 30 de septiembre de 1999”.²¹¹

Como se ha dicho, el criterio propuesto ha sido denominado como el de la regalía hipotética, el cual tiene consagración expresa en distintas legislaciones de propiedad industrial, incluida la chilena²¹². Se ha señalado que este criterio “tiene como objetivo cifrar la cuantía del enriquecimiento negativo del infractor (el *damnum cessans*), y se asienta sobre una ficción legal consistente en considerar que el titular del derecho infringido y el infractor celebraron un contrato de concesión de licencia que faculta a éste para utilizar la patente, la marca o el diseño: trata, en definitiva, de compensar el hipotético empobrecimiento del titular mediante el cobro del precio de una licencia que hubiese debido percibir en circunstancias normales de cumplimiento de la legalidad”.²¹³

En estos casos “[a] pesar de que el criterio de la regalía hipotética presente mayores dificultades probatorias en los supuestos en que el titular del derecho no siga una política de concesión de licencias sobre el mismo, no por ello ha de excluirse su aplicación

²¹¹ SOCIEDAD CHILENA DERECHO DE AUTOR Con HENRIQUEZ CORREA DULIA. *Op. Cit.*

²¹² El artículo 108 de la Ley de Propiedad Industrial chilena (ley 19.039) contempla el sistema del triple cómputo como criterio de determinación del monto indemnizatorio producto de una infracción. Este artículo prescribe lo siguiente: La indemnización de perjuicios podrá determinarse, a elección del demandante, de conformidad con las reglas generales o de acuerdo con una de las siguientes reglas: a) Las utilidades que el titular hubiera dejado de percibir como consecuencia de la infracción; b) Las utilidades que haya obtenido el infractor como consecuencia de la infracción, o c) El precio que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido. La letra c) del citado precepto legal contempla la hipótesis de la regalía hipotética, utilizada por los tribunales nacionales para la determinación de los daños por infracción a los derechos de autor y conexos en casos como los comentados (CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N° 19.039, Ley de Propiedad Industrial. 9 marzo 2006. [En línea] <http://www.inapi.cl/transparencia/doc/marconormativo/doc/Ley_19.039_Ley_19996_refundido_oficial.pdf> [consulta: 16 octubre 2014]

²¹³ DÍAZ, V. 2008. La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial. Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá) (1):15-44. p. 36.

en ellos (si opta por él el titular demandante), puesto que como se ha indicado se trata de una ficción legal; es más, la política de no concesión de licencias por parte del titular puede ser apreciada como un factor a tomar en consideración en orden al incremento de la cuantía de la regalía hipotética”.²¹⁴

Ahora bien, atendida la dificultad probatoria del monto indemnizatorio respecto de los usuarios que comparten y descargan archivos, el demandante puede optar por la denominada indemnización predeterminada del artículo 85 K de la LPI. Como se señaló en el capítulo IV de este trabajo, aquella le permite al titular de un derecho solicitar, una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una única suma compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción (\$85.500.000 aproximadamente).

En consecuencia, el juez tiene un rango de \$1 a \$85.000.000 aproximadamente por infracción para evaluar la indemnización, en la medida que el titular de los derechos haya acreditado la infracción. El criterio para determinar la suma será la gravedad de la infracción, el cual en el presente caso tendrá que ver principalmente con la cantidad de obras compartidas y descargadas mediante estas redes, pues ese hecho es el que se traduce en una mayor o menor ganancia que pudo dejar de obtener el demandante producto de la

²¹⁴ DÍAZ, V. *Op. Cit.* p. 36.

infracción. La gravedad de la infracción también podría depender del tipo de obra compartida, pues el valor de la licencia varía dependiendo de aquello.

Cabe señalar que el mecanismo de indemnización predeterminada proviene del TLC celebrado con Estados Unidos, por lo que en definitiva se inspira en el sistema de los *statutory damages*.²¹⁵ Como se apreció con anterioridad, este sistema fue fuertemente criticado por los resultados aberrantes a los cuales se puede llegar con su aplicación poco criteriosa.

Si bien la LPI no contempla un piso mínimo de indemnización como lo hace el U.S.C., la indemnización predeterminada eventualmente podría ser empleada por los jueces como mecanismo de desincentivo de la infracción de los derechos de autor y conexos, y además como pena civil. Esto pues sólo requiere de la acreditación de la infracción, siendo el tribunal el que determine el monto a indemnizar en base a la gravedad de la misma, criterio que puede resultar poco certero en algunos casos. Además, al igual como se apreció en la jurisprudencia estadounidense, la indemnización predeterminada puede llegar a la suma de 85.000.000 por cada infracción que se ha cometido, por lo que perfectamente podría dar origen a condenas absurdas, si se entiende que cada obra descargada o compartida amerita una infracción²¹⁶.

El autor de este trabajo considera que independientemente de si el demandante recurre o no a esta forma de evaluación de perjuicios, un tribunal siempre debiese aplicar

²¹⁵ WALKER ECHEÑIQUE, E. *Op. Cit.*, p. 328.

²¹⁶ Al menos de ese modo se han aplicado los daños estatutarios en la jurisprudencia norteamericana. En el derecho nacional hasta el momento no existe manifestación de los tribunales de justicia en este sentido.

los criterios señalados anteriormente respecto de la determinación del monto del daño, pues sólo así se podrá llegar a determinar eventualmente una suma que cumpla con los fines correctivos de la responsabilidad civil, y no así solamente con los disuasivos, los que son ajenos a la dogmática civil nacional.

6. El problema de la determinación de los responsables

Habiéndose determinado que a los usuarios de estas redes puede atribuírseles la responsabilidad civil por los daños ocasionados por su conducta, resta tratar un tema de índole procesal que es de vital relevancia: la identificación de los usuarios responsables. Cabe tener presente que, dada la importancia y extensión de este tema, sólo se esbozarán sus aspectos más relevantes.

Como se mencionó en el capítulo II de este trabajo, una de la razones de por qué no es conveniente demandar a los individuos que utilizan Internet para fines ilícitos es precisamente la dificultad de poder individualizarlos, pues lo normal es que actúen anónimamente. En efecto, para conectarse a una red P2P no es necesario, como regla general, registrarse en un programa P2P. Tampoco lo es indicar un nombre de usuario o *nickname*, por lo que los usuarios pueden mantener oculta su identidad mientras están conectados.²¹⁷

²¹⁷ LETAI, P. *Op. Cit.*, p. 217.

El único dato que permite identificar a un usuario es su dirección IP, dato que puede ser obtenido por los titulares de derechos, pero que sin el nombre ni la dirección del usuario hace imposible el interponer una demanda contra aquel, pues no habría una individualización concreta.²¹⁸ Sólo el ISP puede asociar la dirección IP de un usuario al nombre y domicilio del mismo.

En Estados Unidos, la RIAA demandó al ISP *Verizon* el año 2003²¹⁹, solicitándole al tribunal que aquella empresa revele una serie de datos que le permitirían demandar a usuarios de redes P2P. *Verizon* era un proveedor de acceso a Internet, por lo que podía asociar la dirección IP de los usuarios a sus datos personales. La demanda se basaba en que la *Copyright Act* USA permite que los ISP den a conocer dicha información a los interesados. La Corte de Distrito de Columbia finalmente determinó que la *Copyright Act* USA no se aplica a los prestadores de acceso a Internet, y sólo es aplicable a los prestadores de alojamiento. Esto se traduce en la imposibilidad de los titulares en demandar a los usuarios cuando los datos personales se encuentran en poder de un proveedor de acceso a la Red.

²¹⁸ A mayor abundamiento, en el caso estadounidense caratulado *K-Beech, Inc. v. John Does*, la empresa titular del copyright de una serie de videos pornográficos demandó a múltiples presuntos infractores que descargaron sus obras por *BitTorrent*. La demandante sólo tenía la dirección IP de los demandados, por lo que no sabía específicamente quienes eran los últimos. La Corte de Distrito del este Nueva York, con fecha 1 de mayo de 2012, concluyó que la dirección IP no permite determinar concretamente a los sujetos responsables, pues la descarga puede haberla realizado cualquier individuo conectado a la dirección IP. Esto debido a que, con las conexiones inalámbricas muchas personas pueden estar conectadas a la vez a una misma dirección. Por otro lado, aunque la descarga hubiese sido efectuada desde un único ordenador, no es cierto que quien suscribió el servicio de acceso a internet es aquel que necesariamente efectúa la infracción, pues puede haberla realizado un pariente o un invitado (*K-BEECH, INC. v. JOHN DOES*. 01 de mayo de 2012. Corte de Distrito del Este de Nueva York, Estados Unidos. CV 11-3995). Así, puede incluso que ni la dirección IP sea útil en estos casos.

²¹⁹ *INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA v. VERIZON INTERNET SERVICES*. 19 de diciembre de 2003. Corte de apelación del Distrito de Columbia, Estados Unidos. 351 F.3d 1229.

Por lo tanto, la RIAA tuvo que modificar su estrategia y empezó a demandar a usuarios anónimos, indicado sólo su IP y los archivos que ponían a disposición. La averiguación de la identidad de los usuarios se realizaba bajo el impulso de la autoridad judicial.²²⁰

Una situación similar ocurrió en España, donde la entidad *Promusicae*, en representación de los productores de fonogramas de ese país, dedujo una demanda en contra de Telefónica, proveedora de acceso a la Red, solicitando los datos personales de diversos usuarios de redes P2P. El asunto pasó a ser conocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.²²¹ Dicho tribunal consideró que las operadoras no tienen obligación de identificar a los usuarios de los programas P2P. Estimó que el derecho comunitario no obliga a los estados miembros a divulgar (por parte de los ISP) los datos personales de posibles infractores en el marco de un procedimiento civil. Si bien no se impone el deber, tampoco se excluye, y cada estado miembro debería interpretar las directivas comunitarias para que se garantice el justo equilibrio entre el derecho a la intimidad y la tutela efectiva de los derechos de autor.²²²

En la misma línea, se ha estimado que en la doctrina colombiana que el demandar a un ISP para que revele la información constituye una manifiesta violación a los derechos de *habeas data* y privacidad, pues la información solicitada es personal y secreta, encontrándose protegida por normas constitucionales y por decisiones de tribunales

²²⁰ SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, p. 141.

²²¹ PRODUCTORES DE MÚSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE) con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 29 de enero 2008. Sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de las Comunidades Europeas. Número causa C-275/06.

²²² LETAI, P. *Op. Cit.*, p. 454.

comunitarios de justicia. Por lo tanto, si bien la conducta de los usuarios puede ser tipificada como delito, en la actualidad no puede accederse a los datos personales para hacer efectiva la responsabilidad.²²³

Para el caso chileno, es artículo 85 S de la LPI quien viene a tratar de resolver el problema. Acorde al mismo, “[e]l Tribunal competente, a requerimiento de los titulares de derechos que hayan iniciado el procedimiento establecido en el artículo precedente (sobre medidas prejudiciales), podrá ordenar la entrega de la información que permita identificar al supuesto infractor por el prestador de servicios respectivo. El tratamiento de los datos así obtenidos se sujetará a los dispuesto en la ley N° 19.628, sobre protección a la vida privada.”

El mentado artículo tiene como presupuesto para la identificación del sujeto infractor que se haya solicitado la aplicación de una medida prejudicial o judicial precautoria en contra del ISP, a fin de evitar que continúe la infracción. Como ha sido la tónica en la jurisprudencia nacional, no existe pronunciamiento alguno al respecto. Por lo tanto, será tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional la encargada de determinar si en Chile es posible demandar a los ISP solicitando los datos personales de los usuarios de redes P2P.²²⁴

²²³ LEÓN, E. y VARELA, E. *Op. Cit.*, p.223.

²²⁴ En opinión de Alberto Cerda, no es claro cómo los titulares de derechos autorales identificarán las cuentas de los supuestos usuarios sin infringir la normativa sobre tratamiento de datos personales, pues ni los usuarios ni la ley les han autorizado para procesar información personal, tal como los números de conexión a Internet. Señala que esta deficiencia ha sido observada por la doctrina, que alega infracción al derecho a la vida privada y la ilicitud de la potencial evidencia (CERDA, A. 2014. Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (42): 121 – 148, p. 137).

Alberto Cerda se ha manifestado sobre el alcance del citado texto legal. Para el autor “[l]a ley limita la aplicación del procedimiento de identificación de supuestos infractores sólo a aquellos prestadores de servicios de Internet que brindan servicios distintos a la transmisión de datos, enrutamiento, y conexión. En otros términos, este procedimiento sólo aplicar (sic) respecto de aquellos prestadores de servicios de almacenamiento de datos. Esta interpretación es consistente con la circunstancia que el tratado de libre comercio es reflejo, en este punto, de la normativa de los Estados Unidos, cuyas disposiciones limitan la aplicación del procedimiento para identificación de usuarios a aquellos prestadores que proveen un servicio distinto al de simples proveedores de acceso (como ocurrió con *Verizon* por ejemplo). De hecho, tal como sucede en el derecho estadounidense, la *Ley de propiedad intelectual* permite la identificación de usuarios a solicitud de los titulares de derechos que han iniciado un procedimiento para la bajada, bloqueo o inhabilitación de acceso a contenidos lo cual supone necesariamente identificar material infractor y su localización, lo que tan sólo puede acontecer tratándose de prestadores de servicios de Internet que brindan almacenamiento de datos. Excluir a los prestadores de acceso a Internet de la obligación de identificar supuestos infractores es, además, consistente con el entendimiento de que los usuarios que simplemente navegan a través de la red no infringen derechos autorales; sólo aquellos usuarios que proveen contenidos, almacenándolos en línea para hacerlos disponible a terceros, pueden ser responsables por infracción a los derechos autorales”.²²⁵

²²⁵ CERDA, A. *Op. Cit.*, p. 138.

El problema de la postura planteada por Cerda radica en que, para el caso de las infracciones cometidas por redes P2P, los datos no se encuentran almacenados en servidores de Internet, por lo que dichas medidas serían inaplicables en este contexto, limitando así la legítima expectativa de los titulares de derechos de autor y conexos de obtener su indemnización. Dicha postura sólo sería aplicable para el caso de programas como *BitTorrent* y sus similares, que funcionan en base a *links* que son almacenados en páginas *web* (los denominados *trackers*). Sólo así se podría identificar a los usuarios en base a este artículo (en el entendido que aquellos archivos sean ilícitos, cuestión que es discutible).

Por otro lado, Santiago Schuster es contrario a la postura de Alberto Cerda. En efecto, considera que “el proveedor de acceso es el único que puede ofrecer la identificación de los infractores. Es el único que tiene las herramientas técnicas para evitar que continúen produciéndose perjuicios a las personas agraviadas en su honra como en sus bienes, caso particular de los bienes protegidos por su propiedad intelectual. El proveedor de acceso es definitivamente el único vínculo existente con los usuarios que cometen ilícitos”.²²⁶

En conclusión, habrá que esperar alguna manifestación de los tribunales nacionales de justicia para ver cómo reaccionan ante estos problemas.

²²⁶ ORLANDO FUENTES SIADE con ENTEL S.A. 6 de diciembre de 1999. Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 243-99. El comentario del profesor Schuster fue extraído de la doctrina del citado fallo.

CAPITULO VI: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS TITULARES Y OPERADORES DE PROGRAMAS P2P POR EL HECHO DE FACILITAR UNA TECNOLOGÍA APTA PARA INFRINGIR EL DERECHO DE AUTOR Y LOS DERECHOS CONEXOS

1. Consideraciones previas

Se ha señalado que para los titulares de derechos resulta poco atractivo demandar a los millones de usuarios que infringen sus respectivos derechos, pues aquello resulta sumamente costoso y nada les asegura efectivamente poder recuperar lo que asumen son sus legítimas ganancias que han dejado de ganar. Por el contrario, la experiencia comparada se ha centrado en demandar a los intermediarios que facilitan los medios para materializar el ilícito, dado que allí no se apreciarían estos problemas.²²⁷

Para que el usuario efectivamente logre cometer la infracción mediante una red P2P, es necesaria la existencia de un programa de este tipo, el que debe estar disponible

²²⁷ Mark A. Lemley y R. Anthony Reese señalan que aparte de lo costoso que resultaría demandar a cada usuario, también es mal visto para las relaciones públicas el demandar a los clientes, y además muchos de los que se involucran en mercados ilegales de igual forma acceden a las obras de manera legal. Todos estos factores hacen que la posibilidad de demandar a cada usuario sea muy poco atractiva. Este problema no tendría tanta relevancia si quien deduce la demanda es una entidad de gestión colectiva, al menos en cuanto a que no sería una empresa que demanda a sus propios clientes (LEMLEY, M y REESE, A. Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation. [en línea] Stanford Law Review, Vol. 56, p. 1345, 2004; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 525662; U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 63; U of Texas Law and Econ Research Paper No. 025 <<http://ssrn.com/abstract=525662>> [consulta: 29 octubre 2014] p. 132).

para el primero. Por un criterio de causalidad material, si no existe un programa P2P no puede haber infracción a los derechos del titular mediante este tipo de redes.

Este apartado tiene como objetivo examinar la posible responsabilidad de quienes crean el programa P2P, lo ponen a disposición de los usuarios y eventualmente lo explotan económicamente, sujetos que como se señaló, en este trabajo son denominados operadores de programas P2P (los que generalmente son una persona, ya sea natural o jurídica), que son quienes concretamente con su conducta permiten a los usuarios el intercambio de archivos. En otras palabras, quien crea, distribuye y se aprovecha de esta tecnología provee a los usuarios de un mecanismo que permite lograr de manera más fácil la infracción a los derechos de autor y conexos, por lo que en definitiva, no puede ser tratado como un infractor directo en ningún caso, sino que como partícipe de dicha infracción.

Es importante recordar lo señalado al estudiar la jurisprudencia estadounidense, donde se dejó en claro que los programas P2P no albergan archivo alguno, pues su rol se caracteriza por ser un mero intermediador, a diferencia del usuario. Como se ha mencionado en diversas ocasiones, los actos de reproducción y comunicación al público son realizados de propia mano por estos últimos.

No existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia comparada acerca de la legalidad de la conducta de quienes ponen a disposición el programa P2P, lo que se explica en parte por el hecho que no es común que las diversas legislaciones sobre propiedad intelectual contemplen normativa específica referida a la hipótesis de quien

provee los medios para cometer o facilitar una infracción. La tendencia ha sido acudir a la legislación común y supletoria para tratar de solucionar este tipo de casos.

Como se apreció en *Napster* y *Grokster*, el derecho estadounidense contempla teorías propias de imputación de responsabilidad por infracción al *copyright* respecto de aquellos que facilitan las herramientas para cometer la infracción. Estas teorías no existen en el ordenamiento jurídico nacional, por lo que no pueden ser aplicadas de manera directa. Aun así, elementos tales como el conocimiento de la actividad ilícita, la capacidad de vigilancia y control de la actividad infractora, el interés económico en la actividad infractora, el hecho de incitar o promover la infracción, entre otros, son elementos que pueden ayudar a determinar eventuales infracciones y sanciones civiles de quienes facilitan los medios para cometer una infracción.

De igual forma, bajo la teoría de la autorización australiana, el tipo de vínculo existente entre el tercero y el infractor, el poder o capacidad de prevenir la infracción y el hecho consistente en si el tercero tomó pasos razonables para prevenir o evitar la infracción son elementos relevantes.

Respecto a la jurisprudencia española, considerando que no existen teorías especiales que permitan tener como sujetos infractores a terceros intermediarios que facilitan los medios para cometer una infracción al derecho de autor y los derechos conexos, los operadores de programas no serían responsables por el hecho de facilitar a los usuarios el programa P2P mediante su puesta a disposición del público en Internet.

Pero la doctrina de dicho país dista mucho de tener una solución pacífica para el problema.

En efecto, Ignacio Garrote considera que, para el caso español, quien facilita y explota este tipo de programas es responsable por el daño ocasionado por los usuarios del mismo. Señala que “los operadores de programas P2P no son infractores indirectos de la propiedad intelectual, sino que con su actividad colaboran causalmente de forma directa en el daño a los titulares de derechos de propiedad intelectual”.²²⁸

Rafael Sánchez Aristi es de la misma idea, pues cree “hay elementos suficientes para atribuir a los operadores de redes P2P una infracción civil de derechos de propiedad intelectual en calidad de cocausantes de la miríada de infracciones realizadas, gracias a su necesaria cooperación, por los miles de usuarios de esas redes. Dada la amplitud con que la LPI configura la noción de infracción, cabe apreciarla presencia de todos los elementos que permiten imputar responsabilidad”.²²⁹

Begoña Ribera Blanes discrepa con los citados autores, pues considera que en la legislación española “ninguno de estos sujetos comete una infracción directa de los derechos de autor porque ni almacenan ni ponen a disposición del público contenidos protegidos por la ley de propiedad intelectual, lo que hace que no sea posible ejercitar acciones directamente contra ellos porque el art. 138 LPI sólo permite que las acciones se ejerciten contra los infractores. No hay ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que considere infracción de la propiedad intelectual la aportación de los medios

²²⁸ GARROTE, I. *Op. Cit.*, p. 279 (las comillas han sido omitidas)

²²⁹ SÁNCHEZ ARISTI. *Op. Cit.*, p. 187

o mecanismos necesarios para facilitar a los usuarios la reproducción y, en su caso, puesta a disposición de contenidos protegidos y obligue a los responsables de estos medios a solicitar las oportunas licencias a las entidades de gestión. Estos sujetos ponen a disposición de los usuarios los medios para que otros puedan acceder de forma lícita a los contenidos protegidos; otra cosa es que los usuarios decidan utilizarlos para infringir los derechos exclusivos sobre las obras o prestaciones protegidas”.²³⁰

En el contexto de la doctrina de El Salvador, González Velásquez cree que no es posible atribuir la infracción ni el deber de indemnizar a los operadores de estos programas. Considera que “[e]l vacío que contempla la ley salvadoreña es el no prever que terceras personas se beneficien de las violaciones cometidas por otras, o según la jurisprudencia estadounidense, no existe responsabilidad secundaria. Sólo con esta falla es posible afirmar que los demandados sean absueltos de cualquier responsabilidad”.²³¹

En la LPI chilena, al igual que en la legislación española y la salvadoreña, no existen teorías especiales que permitan hacer responsable a un tercero por el hecho de facilitar a otro un aparato que permite infringir el derecho de autor. Tanto el artículo 19 como el 85 B de la LPI no hacen alusión alguna a este supuesto. Más aún, del tenor literal del artículo 19 pareciera entenderse que sólo quien utiliza la obra sin autorización puede sufrir las sanciones civiles, más no quien permite, facilita o incentiva la infracción, sin ser quien efectúa de propia mano el acto contrario a derecho²³².

²³⁰ RIBERA, B. *Op. Cit.*, p. 49.

²³¹ GONZÁLEZ, M. *Op. Cit.*, p. 54.

²³² El único artículo de la LPI que hace alusión expresa a la posible responsabilidad del tercero por los hechos de otro es el 84 de la LPI, que prescribe que “[i]ncurrirá en responsabilidad civil el que, sin

Lo anterior no implica que, por el simple hecho de no existir normativa especial en la LPI, el acto de un tercero que facilita, permite o induce la infracción de los derechos respectivos del titular quede impune. Habrá que acudir a la normativa común y supletoria para poder dar una adecuada solución. Por lo tanto, en este trabajo se discrepa de la opinión emitida por los citados autores, en cuanto a que por el sólo hecho de no existir normativa especial no es posible hacer responder civilmente a los operadores de programas P2P por participar en la infracción cometida por los usuarios, la que puede serle imputada en determinadas ocasiones, como se verá.

El principal problema entonces consiste en determinar, por un lado, bajo qué régimen de responsabilidad responde el operador del programa al permitir, facilitar o incentivar la infracción; y por el otro, determinar bajo qué normas de imputación y de qué

autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice alguna de las siguientes conductas: a) Suprima o altere cualquier información sobre la gestión de derechos. b) Distribuya, importe para su distribución, emita, comunique o ponga a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización. c) Distribuya o importe para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización. El que realice alguna de las conductas descritas en los literales precedentes, será sancionado con pena de multa de 25 a 150 unidades tributarias mensuales. El problema es que dicho artículo hace referencia en todas sus hipótesis a la gestión de derechos, por lo que no sería aplicable a la mera reproducción y comunicación al público de una obra. Ahora bien, Iñigo de la Maza Gazmurri parece discrepar de la opinión sostenida en este trabajo. Este autor analiza la problemática desde el punto de vista de la posible responsabilidad que se le podría atribuir a los ISP por infracciones de sus usuarios, pero previo a que se dictara la ley 20.345 que introduce el denominado “puerto seguro” para estos actores. A juicio de de la Maza, “atendida la amplitud de los términos que utiliza el legislador y las características de la Red, los ISP inevitablemente incurrirán en alguna de estas conductas en aquellos casos en que uno de sus clientes utilice sus instalaciones para subir material protegido por el derecho de autor sin la autorización de su titular”. Aun así, los proveedores podrían liberarse de la sanción acreditando la debida diligencia. (DE LA MAZA, I. 2004. Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por infracción de los derechos de autor. Revista Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, temas de responsabilidad civil (1):33-64, p. 59). Lamentablemente la opinión empleada en este trabajo discrepa, en cuanto al análisis de la responsabilidad civil, de la postura del citado autor, por las razones que se expondrán más adelante.

forma específica participa dicho operador como intermediador en la infracción, lo que igualmente deriva en un problema de causalidad.

Respecto de la primera interrogante, debe establecerse si la conducta del operador (a la cual se hará alusión a continuación) es reprochable bajo la óptica de la responsabilidad estricta o mal denominada objetiva, o bajo el régimen de responsabilidad por culpa. La responsabilidad estricta se funda en el riesgo anormal ocasionado producto del desarrollo de una actividad, riesgo que generalmente va asociado a bienes jurídicos como la vida y la integridad física de las personas (como la responsabilidad aeronáutica por las cosas que caen en la superficie), o la protección al medio ambiente (como la responsabilidad por el derrame de hidrocarburos), entre otros.

Actualmente, pareciera ser que la doctrina nacional no se ha cuestionado si efectivamente la actividad informática ocasiona un riesgo que deba ser tratado bajo la óptica de la responsabilidad estricta; tampoco lo ha hecho respecto al acto de facilitar un *software* capaz de ser utilizado lícita como ilícitamente, por lo que atendido el estado actual de la discusión presenta dudas la aplicación de la responsabilidad estricta este tipo de casos. Si bien aquel comentario no justifica que este tipo de responsabilidad no sea aplicable en el presente caso, hay que tener en cuenta que aquella es establecida siempre por el legislador, no existiendo así un régimen general de responsabilidad estricta, a diferencia del estatuto de la responsabilidad por culpa.²³³ Estas y otras consideraciones

²³³ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 446.

hacen pensar que la responsabilidad por culpa es la que debe ser aplicada en el presente caso, la cual es propia de la LPI.²³⁴

Habiéndose resuelto la primera interrogante, corresponde examinar si se está en presencia de una hipótesis de responsabilidad por culpa por el hecho propio, por el hecho ajeno o por el hecho de las cosas. Las dos últimas hipótesis deben ser descartadas de plano.

Respecto de la responsabilidad por culpa por el hecho ajeno contemplada en el CC (que en realidad es por el hecho propio), todos los casos regulados requieren del elemento de subordinación y dependencia, por lo que no serían aplicables al presente caso, pues dicho elemento no está presente en la relación que existe entre el operador del programa y los usuarios. Para el caso de la responsabilidad por el hecho de las cosas, el

²³⁴ En este sentido, puede resultar útil hacer la referencia a una sentencia dictada por la Corte Suprema Argentina. La causa tiene por caratulado “Rodríguez, María Belén con *Google Inc.* s/ daños y perjuicios”, y fue dictada con fecha 28 de octubre de 2014. En ella, la Corte Suprema rechazó la demanda que por daños y perjuicios dedujo una modelo publicitaria contra *Google Inc.* y *Yahoo* Argentina S.R.L., por violación a sus derechos al honor e intimidad, que la demandante entendió lesionados por la vinculación de su persona a sitios de Internet de contenido erótico o pornográfico, como también por el uso no autorizado de su imagen. La Corte Suprema argentina sostuvo que no puede atribuirse responsabilidad objetiva a los intermediarios de Internet, como pedían los demandantes. En efecto, rechaza la aplicación de un régimen de responsabilidad que actúe independientemente de la conducta del intermediario, por ejemplo debido al “riesgo” de la actividad, ya que impondría un deber de vigilancia que no es compatible con los principios de derechos humanos. Aplicar un régimen de responsabilidad objetiva a los buscadores, señala el tribunal, sería como responsabilizar a la biblioteca que a través de su catálogo permite localizar un libro con contenido ilícito. Los jueces hacen énfasis en que un régimen de responsabilidad objetiva viola la libertad de expresión. Sin embargo, la Corte Suprema argentina sostiene que los intermediarios pueden ser responsabilizados por un contenido que le sea ajeno con base en un factor de atribución subjetivo, cuando hayan tomado “efectivo conocimiento” de la ilicitud y a partir de esa noticia no hayan actuado de modo “diligente”. En este sentido, si bien la justificación para exclusión de un régimen de responsabilidad estricta no es plenamente aplicable a los operadores P2P, pues su actividad no puede ser justificada bajo la libertad de expresión, y los programas P2P tampoco hacen una mera función de búsqueda, la conclusión a la cual arribó el máximo tribunal argentino sí debería ser aplicable a los mismos. (RODRÍGUEZ, MARÍA BELÉN CON GOOGLE INC. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS. 28 de octubre 2014. Sentencia la Corte Suprema argentina. R. 522. XLIX). Ahora bien, podría plantearse el supuesto de que se esté en presencia de una hipótesis de presunción de culpa, acorde al artículo 2329 del CC.

problema radica en que las hipótesis configuradas por el legislador son taxativas (como el caso de los daños cometidos por animales fieros), siendo imposible abarcar con estas la responsabilidad del operador del programa por facilitar o posibilitar el ilícito de los usuarios, por lo que finalmente la solución pasa por aplicar la responsabilidad por culpa por el hecho propio. Dicha opción es la más sensata en este caso, pues lo reprochable será la conducta propia de estos individuos, sin importar la de los usuarios.

En lo referido a la segunda interrogante, esto es, la determinación de bajo qué normas de imputación y de qué forma específica participa el operador de programas en la infracción, la solución más acertada consiste en aplicar el artículo 2317 del CC. Según el inciso primero de aquel precepto, “[s]i un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328”.

Según el profesor Barros, este artículo abarca a los autores, cómplices y encubridores, formas de participación en el delito reguladas en los artículos 14 y siguientes del Código Penal (de ahora en adelante CP).²³⁵ Bajo esta hipótesis, aquellos que induzcan a otro a cometer un hecho delictual (como *Grokster* según la Corte Suprema norteamericana) o que cooperen en la ejecución del hecho delictivo (como *Naspter*), serán solidariamente responsables de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito.

²³⁵ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 421.

Para poder determinar si el facilitador de una tecnología incurre en alguna de estas formas de participación, es necesario analizar si tanto de su propia conducta como de las funciones o características del artefacto o programa se puede inferir aquello, pues éstas igualmente han sido programadas por el facilitador de dicho artefacto.

En conclusión, la eventual responsabilidad imputable al operador del programa P2P será por culpa, y lo reprochable será su propia conducta, no dependiendo el reproche de la actividad desarrollada por los usuarios, aunque lógicamente, si los usuarios no infringen el derecho de autor no existirá tampoco infracción del parte del operador del programa, lo que se explica por la forma de participación de este último en el ilícito, como se verá. En caso de ser encontrado responsable el operador, se le reprochará el haber con su conducta participado en la infracción del usuario como intermediador, permitiéndole, facilitándole e incluso incentivándole la comisión de la misma.

Habiéndose concluido que en la legislación nacional sí existe normativa que permita solucionar el problema en cuestión, se estudiarán seguidamente los requisitos necesarios para atribuir responsabilidad a quien opera estos programas. Se advierte que, dada las múltiples hipótesis que se barajan para el estudio que se realizará, el análisis no tendrá como fin determinar cuándo efectivamente hay responsabilidad o no, sino más bien ilustrar qué factores podrían permitir hacer exigible la responsabilidad respecto de este tipo de personas como aquellos que no.

El estudio que se propone se basa en la siguiente premisa: “el Estado debe fomentar el progreso de las ciencias y las artes útiles, asegurando a los autores e

inventores, por un tiempo limitado, el derecho exclusivo sobre sus respectivos escritos y descubrimientos”.²³⁶ De ahí que necesariamente debe existir un equilibrio entre el desarrollo de la ciencia y el arte, debiendo tolerarse ciertos riesgos por parte de uno u otro. Esta premisa será relevante al momento de determinar el estándar de cuidado exigible para estos intermediarios.

Para evitar problemas de derecho internacional privado, se parte del supuesto que el operador tiene domicilio en Chile, y los servidores del programa igual están ubicados en territorio nacional.

2. Conducta de los operadores de programas P2P

Quien crea, opera y facilita un programa P2P, almacena en un servidor de Internet una tecnología que permite el intercambio masivo de archivos a través de la Red. El hecho de almacenar o “subir” el programa en el servidor implica un acto de puesta a disposición del mismo, permitiendo a los futuros usuarios su descarga, instalación en el ordenador y posterior utilización.

El acto descrito no implica *per se* una infracción, ni tampoco un daño a los titulares de derechos. El problema surge cuando los usuarios del programa comienzan a

²³⁶ ESTADOS UNIDOS. Delegados de la Convención de Filadelfia. 1787. Constitución de los Estados Unidos, sección octava, 17 septiembre 1787. [En línea] <<http://www.hacer.org/pdf/Constitucion.pdf>> [consulta: 16 octubre 2014]

intercambiar archivos que contienen obras protegidas, pues la conducta del operador permite materialmente el intercambio.

Ahora bien, el programa P2P presenta una característica fundamental, la cual radica en su naturaleza de uso dual. Como se ha señalado anteriormente, este tipo de programas pueden ser utilizados tanto para fines lícitos como ilícitos, siendo el usuario quien optará por unos u otros. Esta característica es propia tanto de la imprenta, el grabador o quemador de discos, la impresora y miles de otros inventos.

Así, el mero hecho de facilitar un programa P2P mediante su puesta a disposición del público, más que un acto de facilitación o inducción a la infracción, es un acto materialmente neutro, pues de ese solo hecho no se puede colegir aquellas conductas, en el entendido que lo que se facilita es una tecnología que puede ser utilizada lícita como ilícitamente. Sobre este aspecto se hará referencia a continuación, cuando se trate el tema del estándar de diligencia del operador.

Por otro lado, es necesario destacar el tipo de negocio que explota el operador de programas P2P. Este negocio no siempre existe, pero lo normal es que así ocurra. Como se apreció en la jurisprudencia examinada, el operador generalmente celebra contratos publicitarios, en virtud de los cuales permite la incorporación de avisos en las páginas *web* de descarga e incluso en los mismos programas. La idea tras este negocio es que mientras más individuos accedan a las páginas de descargas o al programa mismo, mayores ganancias obtendrá el operador. Sobre este punto en específico igualmente se realizarán comentarios más adelante.

3. Posible infracción al derecho de autor y derechos conexos por parte de los operadores de programas P2P

Determinar si el hecho de proveer a un individuo una tecnología de uso dual puede constituir una forma de infracción a los derechos de autor y los derechos conexos (y por ende una conducta reprochable) es algo complejo, por lo que se deben analizar una serie de supuestos para poder concluir aquello. De ahí que es necesario determinar, por un lado, el estándar de diligencia exigible al operador de programas P2P y, por el otro, la forma de participación del mismo en la infracción cometida por los usuarios, cuestión que se resolvió parcialmente con anterioridad.

A) Estándar de cuidado exigible al operador del programa entendido como una hipótesis de puerto seguro

La doctrina ha elaborado una serie de elementos que los tribunales deben considerar al momento de determinar el estándar de diligencia de un individuo.²³⁷ Uno de estos elementos es la probabilidad del daño, elemento que mide el grado de posibilidad de ocurrencia del mismo.

Si se considera que el operador del programa al poner a disposición del público el mismo en la Red actuó sabiendo o debiendo saber que miles de usuarios lo utilizarían

²³⁷ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, pp. 105 y siguientes.

para infringir el derecho de autor y los derechos conexos, sabiendo además que eso implicaría un daño, el estándar del buen padre de familia conllevaría a omitir dicha conducta, pues necesariamente implicaría generar un riesgo de resultado lesivo. Además, esa probabilidad de daño es totalmente previsible para el operador, no pudiendo excusarse en que desconocía el alcance de su programa.

Por otro lado, la conducta del operador del programa es la que genera el riesgo, siendo normal que éste sea asumido por aquel. Bajo estas consideraciones, el operador sería culpable de la infracción de los usuarios de su programa (aun sin responder bajo qué forma de participación), y lo sería por el solo hecho de facilitar el programa, pues su conducta ha permitido la materialización de la infracción, participando en ésta.

Una serie de argumentos en contra pueden ser mencionados para rebatir la mencionada postura. La primera duda que surge tras este razonamiento, es que si bien el riesgo es provocado por el operador del programa al facilitar el mismo, ¿por qué debe responder por aquel asumiéndolo? Esto en el entendido que los usuarios son quienes tienen el deber de impedir la materialización del daño al no infringir los derechos de los titulares, pues son quienes deciden si le dan un uso correcto o no. Este deber de utilizar adecuadamente el programa tiene como contrapartida la obligación que existe por parte del operador del programa de informar los riesgos asociados al mismo.

Así por ejemplo, resultaría sumamente cuestionable bajo el derecho nacional poner los riesgos a cargo de *Sony*, por la creación y distribución de impresoras y fotocopadoras, sabiendo que estas son utilizadas día a día para la infracción a la LPI. En

este punto en específico se puede hacer la analogía con un vendedor de armas, quien vende un artefacto que puede ser utilizado lícita como ilícitamente. El distribuir armas es una actividad que tiene un riesgo asociado, pues estas pueden ser utilizadas para cometer un crimen. Lógicamente este riesgo no recae sobre el vendedor de armas, pues aquel a lo más deberá cumplir con los deberes propios de su actividad (como lo es el verificar que el comprador tenga un permiso para portar armas). Dentro de este aspecto igualmente la causalidad cumple un rol relevante.

De igual forma, la utilización de Internet siempre conlleva riesgos asociados, siendo los usuarios que navegan por la Red quienes primeramente deben asumirlos, pues el actuar negligente de estos es el que finalmente ocasiona los daños. En la medida que los intermediarios actúen neutralmente, no deberían asumir estos riesgos, salvo que dejen de actuar de esa manera, como por ejemplo, cuando un proveedor de almacenamiento de datos no remueve un contenido ilícito del cual ha sido notificado.

En segundo lugar, y complementando lo señalado, debe tenerse en cuenta que la función de los programas P2P presenta necesariamente un beneficio para la sociedad, el cual se traduce en la circulación de la información en general que permiten (salvo algunos de primera generación, pero que han sido descontinuados); donde se incluyen obras que han caído en el patrimonio común, como también aquella información que no puede ser catalogada como obra de acuerdo a la LPI y la doctrina. Esta información es útil para una sociedad moderna y democrática como la actual. Incluso, como se ha señalado anteriormente, existen casos en que los propios titulares de derechos emplean estos

programas para difundir sus obras protegidas, por ejemplo, el de la compañía *Microsoft*, caso que fue comentado al principio de este trabajo.

Pero como se ha mencionado, estadísticamente los usos ilícitos de estos programas superan a los lícitos, lo que podría poner en duda este argumento. Aun así, esto no debería ser óbice para dar cabida al hecho que los usos de estos programas presentan beneficios sociales. Para Mark A. Lemley y Anthony Reese, “si los tribunales declararan a todos estos programas como ilegales, los costos sociales no sólo serían la pérdida de los usos legales que estos acarrearán, sino que incluso los beneficios futuros no previstos que podrían tener. Así, la evidencia económica sugiere fuertemente que los beneficios no previstos en el futuro, o los efectos “indirectos”, superan al valor inmediato de las nuevas tecnologías”.²³⁸

No es muy difícil concluir que los mayores beneficios sociales de estos programas se demostrarán en el futuro, ya que, por ejemplo, en unos años más la cantidad de obras caídas en dominio público ascenderá enormemente, siendo estos programas una de las tecnologías óptimas para su difusión. Estos autores dan como ejemplo el caso del VCR, aparato sumamente cuestionado por los titulares de *copyright* y que fue objeto de una controversia judicial, el cual fue utilizado posteriormente por los mismos demandantes para generar ganancias enormes, pues sus obras fueron incorporadas y distribuidas en el popular *video cassette*.

²³⁸ LEMLEY, M y REESE, A. *Op. Cit.*, p. 141 (traducción propia).

En este aspecto, mucho tendrá que ver el nivel de aceptación social del invento. Resultaría sumamente controvertido que se demandare actualmente a los inventores o distribuidores de computadores, grabadoras de CD, impresoras, etc., pues se ha asentado en la sociedad que esos inventos otorgan un beneficio social. Esto no ocurre de igual manera con las nuevas tecnologías, como el P2P, pues su valor social aún es incierto, pero no por eso inexistente.²³⁹ En definitiva, el beneficio social potencial en este caso deberá ser tenido en cuenta.

En base a estas consideraciones, en este trabajo se postula que el mero hecho de poner a disposición un programa P2P en Internet no es una conducta reprochable que pueda hacer incurrir al operador del mismo en una infracción (y consecuente responsabilidad civil) por ese solo hecho, en el entendido que dicha conducta permite la materialización de la infracción. Este postulado eventualmente puede ser aplicable para la tecnología de uso dual en general, siempre y cuando los usos lícitos de ésta presenten algún beneficio social. Aun así, dicha aseveración debe ser fundamentado de manera más profunda.

En tercer lugar, existen además razones propias del análisis económico del derecho que justifican aquel postulado. Como se mencionó anteriormente, el estudio de la eventual infracción y consecuente responsabilidad civil de los operadores de programas y de quienes inventan y operan tecnologías de uso dual, debe tener como premisa el equilibrio que tiene que existir entre el desarrollo de la innovación y la tecnología (como

²³⁹ LEMLEY, M y REESE, A. *Op. Cit.* pp. 141-142.

lo es el programa P2P), y el desarrollo de las artes. Es cierto que el legislador ha creado estatutos propios para incentivar tanto el desarrollo de uno como el del otro (mediante las leyes de Propiedad Intelectual y la de Propiedad Industrial), pero el problema surge cuando ambos conceptos entran en pugna.²⁴⁰

Es así como atribuir la infracción y consecuente responsabilidad a los creadores y distribuidores de tecnología de uso dual por la facilitación de las infracciones de los usuarios de aquella, podría significar grandes desincentivos a la actividad inventiva si se establece un estándar de cuidado tan alto, al punto de hacerlos responsables por el mero hecho de distribuir y operar esa tecnología, lo que podría perjudicar en cierta medida el desarrollo tecnológico de la sociedad.

Sabido es que el derecho no tiene como objeto crear desincentivos en actividades que generan beneficios sociales, pues no es conveniente para la sociedad. Fácilmente se puede pensar en la gran cantidad de inventos que podrían caer en esta categoría para darse cuenta en lo peligroso que podría resultar un estándar de cuidado muy elevado; y ni pensar en los futuros inventos de uso dual.

Para lograr un adecuado equilibrio entre ambos conceptos, en el derecho comparado se han ideado los denominados *safe harbours* o puertos seguros, esto es, hipótesis en las cuales el creador, distribuidor o facilitador de una tecnología de uso dual no es responsable por los usos infractores de quienes utilizan aquella tecnología (como el ideado a propósito de los ISP en la legislación nacional). En el caso *Sony* se excluyó de

²⁴⁰ Aunque como es sabido, los programas computacionales están regulados por la ley de propiedad intelectual.

responsabilidad a la empresa creadora y proveedora del aparato que permitía materializar la infracción, en la medida que fuera capaz de usos no infractores comercialmente significativos, aunque la Corte Suprema no definió específicamente qué es un uso no infractor comercialmente significativo. Dicho estándar fue empleado posteriormente en los juicios contra los operadores de programas P2P, aunque en algunos casos fue encontrado inaplicable producto de las características del programa en cuestión. A diferencia de esto, en el caso *Kazaa* los tribunales australianos no determinaron si correspondía aplicar un tipo de puerto seguro.

En la doctrina y jurisprudencia nacional lamentablemente no existen pronunciamientos respecto a este tipo de problemas, en los cuales se haya hecho alusión a la confrontación entre los legítimos derechos de los inventores a crear y desarrollar una tecnología de uso dual, y aquellos que ostentan derechos de autor y derechos conexos. El único caso existente es el de los ISP, el cual se encuentra normado legalmente como mecanismo de exclusión de responsabilidad para los mismos.

La primera solución podría consistir en aplicar de manera análoga el estándar aplicado en el caso *Sony*. El problema es que, como se vio en la decisión de la Corte Suprema estadounidense respecto del caso *Grokster*, no existe unanimidad en torno al significado del concepto usos sustanciales no infractores. Por otro lado, tampoco se puede obviar el hecho que mediante estos programas la cantidad de usos infractores supera a los no infractores.

Aun así, dada la función de uso dual que presentan estos programas, el hecho de que el uso de esta tecnología puede reputar un beneficio social importante, y teniendo en cuenta que finalmente es el usuario de aquella tecnología quien tiene la aptitud y el control para efectuar la infracción, el puerto seguro debería basarse en el siguiente enunciado: “Si la tecnología es capaz de usos duales, siendo uno de aquellos buenos, el fabricante (operador del programa) no se hará responsable (culpable), salvo que efectúe un acto adicional que facilite la infracción”.²⁴¹ Este segundo postulado es perfectamente compatible con el primer postulado al que se ha hecho referencia, y que como se señaló, consiste en que el mero hecho de poner a disposición el programa P2P no hace incurrir al operador del mismo en una infracción como copartícipe por ese solo hecho.

La hipótesis propuesta necesariamente debe ser depurada. En este trabajo se sostiene que el simple acto de proveer a otro de una tecnología capaz de usos lícitos como ilícitos no puede implicar *per se* un acto infractor, en el supuesto que quienes utilicen dicha tecnología hayan cometido las infracciones de propia mano. Afirmar lo contrario pondría la balanza a favor de los titulares de derecho de autor y conexos en desmedro de los derechos de los creadores de nuevas tecnologías, por las consideraciones expuestas con anterioridad. Hay quienes afirman que el progreso de las ciencias y el arte se maximiza por lograr el equilibrio adecuado entre los derechos de autor y la protección que limita la responsabilidad por infracción de derechos de autor.²⁴²

²⁴¹ FATUROTÍ, B. 2014. A tale of two rights: Mediating between p2p owners and digital copyright holders. En: X CONGRESO INTERNACIONAL Internet, Derecho y Política: 4 y 5 de julio 2014. Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, pp. 97-117, p. 103 (la traducción es propia).

²⁴² BROWN M. D., et al., 2005. Secondary Liability for Inducing Copyright Infringement after MGM v. Grokster: Infringement Prevention and Product Design. Journal of Internet Law 9(6):21-32, p. 27.

Por lo tanto, las razones expuestas a propósito de la dogmática del análisis económico del derecho deben ser tenidas en cuenta de igual forma para configurar la hipótesis de puerto seguro, que en el análisis de la responsabilidad civil extracontractual vendría a ser la determinación pura del estándar de cuidado exigible al operador del programa en particular, y al facilitador de tecnología de uso dual en general. Así, la regla de cuidado señala que, atendidas las circunstancias analizadas, el proveer el medio para realizar la infracción no es reprochable si ese medio es capaz de usos lícitos, pero si quien provee además realiza cualquier otra conducta que busque, incentive o no impida la configuración infracción cuando aquello le sea exigible, su conducta será reprochable, pues deja de ser meramente pasiva y neutra.

Este estándar de diligencia debe ser analizado en base a los artículos 2.317 del CC y 14 y siguientes del CP, los cuales permiten responder a la segunda interrogante que se dejó parcialmente inconclusa, esto es, la forma específica de participación de los operadores.

B) Participación de los operadores de programas en la infracción de los usuarios

De acuerdo a la interpretación que se ha hecho del artículo 2.317 del CC, tanto los autores, los cómplices y los encubridores pueden ser responsables solidariamente por el delito o cuasidelito en el que han participado. Esto no excluye que pueda existir alguna

otra forma de atribuir la participación en la infracción a quien provee una tecnología de uso dual, pues las reglas de participación del CP son más estrictas y restringidas que las del CC, debido al principio de tipicidad que está presente en el primero. Sin perjuicio de aquello, estas formas de participación permiten reconocer como mínimo aquellas que son aplicables al presente caso.

El artículo 15 número 2 del CP considera autores a los que “fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo (el hecho delictivo)”. Esta forma de participación es la del inductor o instigador, correspondiendo a “quien de manera directa forma en otro la resolución de ejecutar una conducta dolosa, típica y antijurídica”.²⁴³

La otra figura de participación que podría resultar aplicable en el presente caso es la contemplada en el artículo 16 del CP, esto es, la del cómplice. Este artículo señala que son aquellos que “no hallándose comprendidos en el artículo anterior (excluyendo así el concurso previo entre el autor y el cómplice), cooperan a la ejecución del hecho por actos anteriores o simultáneos”.

Para que exista participación a título de cómplice, el autor debe tener en cuenta la ayuda que se le presta. Cuando aquel ejecuta el hecho o se dispone a ejecutarlo, la

²⁴³ POLITOFF, S. y MATTUS, J.P. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2 v, p 427. Los autores señalan que los requisitos de dicha forma de participación son los siguientes: a) El instigado debe ser el autor del delito, y que en el supuesto de los programas P2P vendría a ser el propio usuario; b) La instigación debe ser directa, esto es, debe actuarse de manera positiva, con el propósito de formar en el tercero la resolución delictual. La instigación puede realizarse tanto explícita como implícitamente; c) La instigación debe ser determinada, esto es, debe formar la decisión de cometer un hecho típico y antijurídico determinado, no la sola invitación genérica a delinquir. Lógicamente en la responsabilidad extracontractual no es dable hablar de un hecho típico propiamente tal, pero sí es correcto concluir que si un individuo instiga a otro a infringir el derecho de autor debe ser considerado como instigador. Lo mismo para los demás derecho conexos y; d) La instigación debe ser aceptada por el instigado

colaboración que se le presta debe efectivamente servirle, sea que tenga o no conocimiento de que le ha sido ofrecida por el cómplice.²⁴⁴ En cuanto al cómplice, debe tener conocimiento de lo que pretende el autor, siendo suficiente que tenga una noción general tanto del hecho que éste pretende realizar como de su antijuricidad.²⁴⁵

Aun así, pareciera ser que la hipótesis del cómplice no calza perfectamente con la noción de puerto seguro que se ha propuesto en este trabajo, pues si el hecho de proveer una tecnología de uso dual permite lograr la infracción, *a priori* podría ser catalogado de cómplice el operador de programas en caso de infracción por parte de quienes utilizan aquel programa, por el mero hecho de facilitarlos.

Ahora bien, el Profesor Garrido Montt ha señalado que “[e]s esencial que el cómplice tenga como objetivo cooperar a una acción delictiva, de modo que si su colaboración la presta con un objetivo diverso, como ser creyendo que ayuda a un hacer lícito, pero que objetivamente es un delito, su actuar carecería de conocimiento de su antijuricidad y, por ello, no podría ser objeto de reproche”.²⁴⁶ Es claro que cuando el objetivo del tercero es colaborar con una actividad lícita no puede ser catalogado como cómplice. *A contrario sensu*, si el objetivo del tercero es cooperar en el desarrollo de una actividad ilícita sí existiría esta forma de participación.

El problema surge en los casos en que la conducta de un individuo coopera tanto para el desarrollo de una actividad lícita como ilícita. En estos casos, pareciera ser que el

²⁴⁴GARRIDO MONTT, M. 1984. Etapas de Ejecución de Delito. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 444 P, p. 341.

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 343.

²⁴⁶ *Ibid.*, P 344.

tercero debe orientar su conducta a cooperar en el logro del fin ilícito (la utilización indebida del artefacto) en desmedro del lícito, y sólo así podría existir complicidad, siendo esta hipótesis consistente con la de puerto seguro propuesta anteriormente.²⁴⁷ De ahí que, para el caso del operador de programas P2P será necesario analizar si de su conducta y de las diversas funciones del programa, se puede interpretar que orientó el funcionamiento del programa principalmente para concretar la infracción²⁴⁸, o en otras palabras, si es que orientó el programa para fines ilícitos en desmedro de los lícitos.

²⁴⁷ Como se ha señalado, lo interesante es que si bien el CC se remite a las categorías de participación en el delito contempladas en el CP, no hay que dejar de lado que, debido a que el CC no se orienta en base al principio de tipicidad, dichas categorías no necesariamente tienen porqué ser tan estrictas, pudiendo ser moldeadas en base a las circunstancias del caso, teniendo presente los intereses y riesgos que hay en cada caso.

²⁴⁸ Pretender incorporar un puerto seguro como el ideado en el caso *Sony* no tendría mucho sentido para la legislación chilena: Si se exige que el producto sea capaz de tener usos sustancialmente no infractores (concepto que como se apreció, carece de mayor precisión en la doctrina y jurisprudencia estadounidense), la mayoría de los inventores cuyos inventos se relacionan con obras o derechos conexos podrían ser considerados responsables por infracciones de los usuarios de aquellos. Debido a que no existe una excepción amplia en la LPI como el *fair use*, el hecho de crear y distribuir inventos como la imprenta, la fotocopidora, la impresora, el VCR, el grabador de *cassette*, el DVD, el grabador de discos de los ordenadores y muchos más, podrían llegar a ser considerados conductas ilícitas, ya que las excepciones contempladas en la LPI son de *numerus clausus* y no son aplicables siempre a estos casos (pues tienen un fin diverso, en cuanto buscan hacer accesible las obras a la ciudadanía), lo que podría llegar a limitar el desarrollo de la tecnología, pues los incentivos serían escasos. La hipótesis de puerto seguro propuesta tiene como fundamento que la conducta del inventor sea lo más neutra posible, sin incentivar ni orientar a quienes utilizan el artefacto a cometer actos indebidos. El lector podrá considerar que, apelando al sentido común, la conducta del inventor o creador debería ser catalogada de lícita o ilícita dependiendo de cuál sea el uso principal del invento que explota; y siendo principales los usos ilícitos, quien explota el artefacto debería abstenerse de facilitarlos. En base a esa idea, la distribución de programas P2P sería una conducta ilícita, porque estadísticamente estos programas se utilizan principalmente para compartir obras protegidas, mientras que la distribución de programas como *Skype*, que permiten compartir obras protegidas pero cuyo uso principal es permitir la comunicación entre individuos no sería una conducta ilícita. La postura de este trabajo discrepa con esa idea, pues es reacia a considerar una conducta lícita o ilícita en base a la utilización que terceros puedan hacer de un determinado artefacto, ya que implicaría que la responsabilidad del inventor o del explotador de un artefacto en definitiva dependería de la conducta de otro, criterio que resulta opuesto al formulado por la dogmática civil en torno a la noción de culpa por el hecho propio, donde el deber de cuidado se analiza en base a juicios abstractos sobre una conducta propia (y así no se podría catalogar de culpable la conducta de alguien por facilitar algo si el tercero lo utiliza indebidamente), salvo que la facilitación sea con el propósito de que la cosa sea utilizada indebidamente). Tampoco se considera que ese criterio sea apropiado para el contexto del derecho de autor y las nuevas tecnologías, pues si existe un conflicto entre los derechos de los autores y el de los inventores, con ese criterio sólo se beneficiaría a los primeros, rompiéndose el equilibrio al que se ha hecho referencia. Finalmente, esta hipótesis pone

Este estándar no es aplicable en principio a los ISP, puesto que la LPI contempla un puerto seguro propio para estos, aunque podría pensarse que en la medida que los operadores de los ISP no cumplan con el puerto seguro impuesto por la propia LPI, tampoco serían responsables civilmente por las infracciones de sus usuarios en la medida que cumplan con el estándar de diligencia aquí propuesto. Así, el ISP no sería responsable ni participe en la infracción de los usuarios de Internet por el mero hecho de facilitar o proveer sus servicios respectivos.

Pues bien, los siguientes elementos deben tomarse en cuenta si se pretende encasillar la conducta del operador del programa en alguna de las formas de participación descritas, para así poder imputarle la infracción a los derechos de autor y conexos. Paralelamente, el cumplimiento o incumplimiento de estos supuestos permitirá determinar si se ha cumplido o no con el estándar de cuidado necesario que se ha propuesto para el operador de programas P2P, pues la participación en infracción implica quebrantar un deber de cuidado establecido por el legislador. Cabe recordar que estas hipótesis no son taxativas.

1) Capacidad de control y vigilancia y conocimiento de la actividad infractora

Quien facilita una tecnología capaz de infringir el derecho de autor, teniendo capacidad de control y vigilancia, y además conocimiento de la actividad infractora,

énfasis en la idea de que es el usuario quien debe utilizar la tecnología de manera correcta, siendo aquel quien decide finalmente si comete o no la infracción.

puede llegar a ser culpable por la infracción de quienes utilizaron indebidamente dicha tecnología. En el caso de los programas P2P, sabiendo que estos tienen usos duales, si el operador tiene conocimiento de la infracción y además la capacidad de evitarla o impedir que siga ocurriendo, la diligencia mínima exigible sería que efectivamente impida la materialización de la infracción o su continuación. En este contexto, la omisión de tomar medidas concretas podría implicar una conducta negligente, conllevando la participación del individuo en la infracción del autor directo.

En otras palabras, si bien la intención del operador puede ser la de no cooperar en la materialización de la infracción de los usuarios, el hecho de facilitar un artefacto que está bajo su pleno control lo hará cómplice de la infracción si sabe que mediante aquel se cometen infracciones, y puede perfectamente evitarlas. Lógicamente, se deberá determinar qué tipo de control se requiere y qué grado de conocimiento es el exigible para poder actuar evitando la infracción, tal cual lo hicieron los tribunales norteamericanos y australianos.

En el caso *Napster* se determinó que, debido a la naturaleza centralizada del programa, efectivamente existía la facultad de control y vigilancia por parte del operador. Esto puesto que el operador del programa tenían la capacidad de supervisar la actividad y bloquear el acceso de los usuarios. Por el contrario, al ser *Grokster* un programa descentralizado, los tribunales estimaron que no tenía ni la facultad de supervisar ni la de bloquear el acceso de los usuarios.

Según la misma jurisprudencia, el conocimiento requerido dependía de las circunstancias del caso, pudiendo requerirse conocimiento actual y preciso de la actividad ilícita o conocimiento “constructivo” o implícito de la misma. Desde esa perspectiva, el operador de *Napster* sí podía lograr un conocimiento específico de la infracción, dada la naturaleza centralizada del programa, a diferencia de *Grokster*.

En base a estos razonamientos y bajo la óptica de la LPI, quien por ejemplo fabrica fotocopiadoras o impresoras no sería responsable por la infracción de los usuarios de esos aparatos, pues entre otros aspectos, no existiría la facultad del primero de controlar la actividad de los segundos. Lo mismo aplica para el distribuidor, pues una vez celebrado el contrato de compraventa del aparato con el consumidor, la facultad de control desaparece. Por el contrario, si el dueño de una fotocopiadora o una impresora contrata a alguien para que la explote, la infracción sí puede ser imputada a aquel individuo (el dueño), porque tiene la capacidad de evitar que se cometa la infracción y además el conocimiento de la misma.²⁴⁹

Estos simples ejemplos nos permiten ilustrar cómo la capacidad de control sería fundamental en el derecho chileno para imputar la infracción a los operadores de programas P2P en este supuesto.

Respecto de los programas centralizados, tendrán la facultad de controlar las infracciones cometidas por sus usuarios en la medida que puedan cerrar cuentas y bloquear el acceso a los usuarios infractores. La facultad de controlar y supervisar en este

²⁴⁹ Lógicamente que en el ejemplo propuesto de igual forma cabría examinar si es aplicable la hipótesis de responsabilidad por el hecho del dependiente.

caso es meramente fáctica, e implica que mediante cualquier conducta lícita se impida que se continúen cometiendo actos infractores. Así, en la medida que dicha facultad pueda ser ejercida, el estándar de hombre diligente implicaría ejercerla debida y oportunamente. El fin de este tipo de medidas sería entonces el cierre de cuentas cuando hay actividad infractora, con el objeto de impedir que los usuarios continúen cometiendo los actos ilícitos.²⁵⁰

La situación de los programas semi centralizados y descentralizados es distinta. Se ha dicho que este tipo de programas no tienen un servidor central que les permita a los operadores identificar a los usuarios y cerrar y bloquear sus cuentas, por lo que esa facultad de control y supervisión no existe. Producto de la arquitectura de este tipo de programas, no sería posible exigirle a sus respectivos operadores que eviten que se cometa o se siga cometiendo la infracción, pues la obligación sólo existe en la medida que tengan la facultad de hacerlo, supuesto que no se da en este caso.

El problema se origina cuando se profundiza en este aspecto, pues surge la interrogante de que si sabiendo que esta tecnología podría ser utilizada para fines ilícitos, ¿por qué el operador no creó un programa que sea capaz de poner término a la actividad ilícita de los usuarios? La respuesta a esta interrogante es más técnica que jurídica.

²⁵⁰ No debería ser reprochable el que el operador cierre abruptamente las cuentas de los usuarios de programas centralizados, pues hay que entender que se está en presencia de un servicio que se entrega gratuitamente y respecto del cual no hay deberes como los que surgen a propósito de una relación entre proveedor profesional y consumidor, por ejemplo (como lo sería el de un proveedor de acceso a Internet con un consumidor). Menos aun si se existen advertencias de que el operador se reserva la facultad de cerrar cuentas por actos ilegales de los usuarios, como ocurre generalmente.

Dejando de lado el tema de las medidas de filtrado (pues serán tratadas posteriormente) que buscan prevenir que ocurra la infracción, a diferencia de las medidas de control a las que se hace referencia aquí (pues lo normal es que se ejecuten con posterioridad a la ocurrencia del acto ilícito), una explicación que se puede dar al porqué no existe un servidor central que permita hacer efectivo el control consiste en que los programas de red semi centralizada y descentralizada funcionan de manera mucho más eficiente por esa sola característica. No es comparable actualmente el rendimiento de *Napster* con el de *BitTorrent*, por ejemplo, pues el primero es considerado una tecnología obsoleta en cuanto a la forma y velocidad de compartición y descarga de archivos. Sería casi imposible compartir un archivo “pesado” (de un *gigabyte* o mayor tamaño) mediante un programa de red centralizada, lo que se explica por la ausencia de tecnología de los super nodos y del *swarming*.

Aun así, cuestionando el hecho que un operador haya intencionalmente creado el programa de esa forma para el sólo efecto de no tener control, las medidas preventivas como la de filtrado o las medidas tecnológicas de protección podrían, de una u otra forma, disminuir la actividad infractora (aunque como se verá, existen serias dudas de aquello). De todos modos, el hecho de no presentar un servidor central no debería hacer responsable al operador del programa P2P por sola arquitectura del último, como lo estimaron los tribunales norteamericanos en el caso *Grokster*.

Finalmente, el operador debe tener conocimiento de la existencia de las infracciones. No es dable aquí hacer referencia a la dicotomía que existe entre conocimiento cierto y conocimiento constructivo, pues para que exista la posibilidad de

impedir que un usuario continúe cometiendo infracciones en concreto no basta el conocimiento de la mera posibilidad de que éstas existan: se requiere conocer y determinar específicamente cuál es el acto infractor. En este orden de las ideas, sólo los operadores de programas P2P centralizados podrían lograr un conocimiento específico, siendo esto imposible para los demás.

Resta determinar cómo debería lograrse este conocimiento. Debido a que es imposible para un operador de programas P2P centralizados ejercer una labor de vigilancia continua, se debería adoptar el criterio asignado por la Corte de Apelaciones respecto del caso *Napster*, esto es, que el titular notifique al operador qué usuarios cometen infracción y respecto de qué obras en concreto. El operador del programa estaría obligado a suspender o cerrar las cuentas de los usuarios que compartan los archivos que contienen las obras respectivas.

2) Incitación a la actividad infractora

De acuerdo al artículo 2.317 del CC, quien induce a otro a cometer un daño es solidariamente responsable con el autor material del mismo. En este sentido, el profesor Barros ha señalado que “se entiende que es causante de daño quien ha instigado a otro para que realice una acción dañosa”.²⁵¹ Si bien la frase alude más que nada al elemento de la causa, no obsta a que la conducta del inductor sea dolosa.

²⁵¹ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 377.

La Corte Suprema norteamericana determinó en el caso *Grokster* que “aquel que distribuye un aparato con el objeto de promover su uso para infringir el *copyright*, y habiendo quedado demostrado esto por expresiones claras u otros pasos afirmativos tomados para incentivar la infracción, es responsable por los actos infractores resultantes que sean cometidos por terceros.”²⁵²

Como se mencionó, tres fueron los elementos que le permitieron a dicho tribunal concluir que tanto *Grokster* como *StreamCast* indujeron a sus usuarios a infringir el *copyright* de sus titulares: 1) Promovieron los actos infractores del programa; 2) Fallaron en ejercer medidas de filtrado; y 3) El plan de ganancias de las demandadas dependía de las infracciones. El hecho indispensable que debe estar presente acorde a esta teoría es el primero; los otros solamente permitirían determinar con mayor exactitud la existencia de la infracción indirecta (culpabilidad y participación en el ilícito en el caso nacional).²⁵³

Cabe tener presente que distribuir un aparato de copia junto con un llamado a usar el aparato para realizar copias masivas sin autorización, no conlleva responsabilidad si nadie utiliza el aparato²⁵⁴, lo que es lógico en el entendido que el operador actúa como instigador.

²⁵² METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Corte Suprema de Estados Unidos. *Op. Cit.* (la traducción es propia).

²⁵³ *Ibid.* En este punto, Matthew D. Brown, Orion Armon, Lori Ploeger, y Michael Traynor critican la decisión adoptada por el máximo tribunal norteamericano, pues la teoría de la inducción a la infracción se basa en que sea demostrada por claras expresiones u otros pasos afirmativos tomados para incitar la infracción. En base a esto, no calza perfectamente la falta u omisión de medidas de filtrado u otras que busquen disminuir la actividad infractora con la noción tomar pasos afirmativos, pues una conducta es negativa (omisión) y la otra positiva (ejecución de un acto) (BROWN M. D., et al. *Op Cit.*, p. 24).

²⁵⁴ GINSBURG, J. y RICKETSON, S. *Op. Cit.*, p. 5

La inducción en el derecho chileno (básicamente en el derecho penal) se ha centrado en el primer elemento, esto es, el promover el acto ilícito, cumpliendo lógicamente con los requisitos propios de la inducción y que fueron señalados anteriormente a pie de página (p. 180). Por lo mismo, éste elemento será fundamental, sin perjuicio de que los otros permitan coadyuvar en la determinación de la participación en la infracción por parte del operador del programa. Así pues, acorde al estándar de cuidado propuesto (puerto seguro), el mero hecho de poner a disposición en Internet un programa P2P no conlleva culpabilidad del operador del programa ni participación del mismo en la infracción de los usuarios, salvo que la conducta esté acompañada de actos tendientes a incitar o promover la infracción.

Todo aquel que induce a otro a cometer un ilícito actúa dolosamente, por lo que su conducta debe ser reprochada castigándolo con el deber de reparar los perjuicios ocasionados por el inducido. La inducción debe ser determinada, esto es, realizada mediante actos específicos tendientes a convencer a otro para que realice un acto infractor. De ahí que, actos ordinarios incidentales a la distribución de un producto, como por ejemplo el ofrecimiento de soporte técnico o actualizaciones a los usuarios quedan excluidos.²⁵⁵

Pareciera ser que, acorde la decisión adoptada en el caso *Grokster* por la Corte Suprema norteamericana, los avisos publicitarios o el envío de correos electrónicos por parte de los operadores de programas son un claro ejemplo de un acto que inducen a la

²⁵⁵ HOGBERG S.K. *Op. Cit.*, p. 951

infracción, si aquellos están orientados a estimular a que los usuarios compartan y descarguen archivos que contienen obras protegidas. Por lo mismo, el operador de estos programas deberá ser particularmente cuidadoso con los materiales de publicidad y las ilustraciones (*screenshots*) que ocupe.²⁵⁶

Acudiendo a la decisión adoptada por los tribunales australianos en el caso *Kazaa*, pareciera que si la publicidad va orientada a sectores demográficos específicos, como lo son los jóvenes, ésta tendría mayor repercusión, por lo que podría ser catalogada como un claro acto que incita a la infracción. Esto teniendo en cuenta que quien incita es además quien facilita el medio para cometer la infracción, medio que es utilizado principalmente para infringir.

Otro aspecto relevante tiene que ver con la facilidad con que estos programas permiten realizar el intercambio de archivos a través de la red P2P. Con el desarrollo de la tecnología, el aumento de la velocidad de navegación en Internet es determinante en el proceso de intercambio. En estos términos, el acto de inducción debe ser estudiado en un contexto donde la infracción es muy fácil de cometerse por una gran cantidad de personas, por lo que un mensaje dirigido para la comisión fines ilícitos puede tener resultados desastrosos, y viceversa.

Por el contrario, el hecho de no existir publicidad en estos términos puede ser utilizado como mecanismo de defensa por parte de los demandados. Idéntica función

²⁵⁶ VON LOHMANN, F. 2003. Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Law: A Primer for Developers [en línea] <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-45172-3_10#page-1> [consulta: 20 octubre 2014] p.6.

podría desprenderse del hecho de promover de manera activa, sincera y entusiasta usos no infractores²⁵⁷, pues demostraría una clara intención de no orientar el programa a fines ilícitos, dejando en manos de los usuarios la decisión de cometer aquellos ilícitos.

Lógicamente la publicidad debe ser analizada en el caso a caso. Por lo mismo, actos orientados a incentivar o motivar a futuros usuarios para que utilicen programas P2P no pueden ser considerado actos *per se* inductores, pues no tendrían la determinación necesaria para inducir a la actividad ilícita, independientemente que el programa sea utilizado principalmente para infringir.

Eventualmente, el facilitar manuales de uso de estos programas que enseñen a utilizarlo en base a ejemplos que ilustren actos infractores podría ser catalogado como un acto de inducción. Quizás la hipótesis no resulte en algunos casos tan clara como el caso de la publicidad, pero si concurren además elementos como la omisión de medidas de filtrado, el provecho económico en la actividad ilícita, la capacidad de control y vigilancia, pueden permitir que un juez falle a favor de los demandantes, aunque esto es discutible ya que ninguna de dichas conductas de por sí implica un acto positivo que tienda a la inducción.

Por lo tanto, toda conducta que cumpla con los requisitos de inducir a otro a que cometa una infracción puede hacer al inductor partícipe en la infracción del inducido, en la medida que dicho acto cumpla igualmente con los requisitos del caso, debiendo los tribunales de justicia ser quienes decidan qué acto tiene la aptitud de incentivar o no a

²⁵⁷ VON LOHMANN, F. *Op. cit.*, p. 6.

otro a cometer la infracción. Aun así, no deja de ser problemática esta forma de atribuir participación en la infracción a un tercero intermediario, pues determinar qué actos son inductores y qué actos no va a depender del tipo de tecnología y de la conducta en específico adoptada por el tercero.

Una postura muy amplia de los tribunales en cuanto a catalogar una conducta como inductora podría generar incertidumbre en aquellos inventores de tecnologías de usos duales, pues si se concluye que el solo hecho de publicitar un invento de esas características puede corresponder a un acto de incitación, la pregunta que surge es ¿qué incentivos tendría el inventor en hacer lo que sabe, esto es, inventar?²⁵⁸

3) Reportar beneficio económico producto de la actividad ilícita ocasionada por los usuarios

Reportar ganancias producto de una actividad ilícita o infractora es una conducta reprochable si además se actúa como partícipe en la infracción, y esa conducta debe ser sancionada. Para esto, en primer lugar el sujeto debe efectivamente haber participado en la infracción (siendo ese solo hecho una conducta culpable o dolosa). En segundo lugar, debe haber obtenido un lucro producto de dicha infracción.

²⁵⁸ De hecho, Jane Ginsburg y Sam Ricketson citan a Jessica Litman, quien considera que en el caso *Sony* existía suficiente evidencia que permitía caracterizar a la demandada como inductora. Concluye esto de acuerdo a la publicidad empleada por la compañía, donde supuestamente aquella alentaba a los consumidores a construir verdaderas bibliotecas con video *cassettes* que contenían series de programas de televisión (GINSBURG, J. y RICKETSON, S. *Op. Cit.*, p 8).

Este supuesto se aprecia con claridad cuando un individuo pone a disposición en Internet una obra sin autorización del titular de los derechos, y paralelamente cobra por descarga de la misma, obteniendo un lucro que no le corresponde. Esa ganancia indebida hace más reprochable su conducta, pudiendo incluso condenársele a que la entregue al titular de los derechos.

Ahora bien, en este trabajo se llegó a la conclusión que el mero hecho de facilitar el programa P2P no hace responsable al operador como partícipe en la infracción de los usuarios. El problema surge cuando el operador del programa, aparte de facilitar el mecanismo que permite realizar la infracción, obtiene réditos producto de dicha actividad ilícita.

En la doctrina estadounidense del *copyright* pareciera ser que no es posible hacer responsable a un tercero por el hecho de facilitar un aparato de uso dual, siendo que ese tercero además obtiene un beneficio económico proveniente de una actividad infractora a consecuencia del uso de dicho aparato. Esto al menos bajo la denominada *vicarious liability* y la *inducement liability*.

En efecto, el interés económico directo en la actividad infractora es uno de los elementos que integra la denominada *vicarious liability*, pero que sin el derecho y la facultad de supervisar dicha actividad infractora no permiten atribuir responsabilidad al tercero. Por otro lado, este elemento fue empleado en el caso *Grokster* bajo la *inducement*

liability, pero todo parece indicar que se requiere la concurrencia de otros supuestos para que dicha forma de responsabilidad se manifieste.²⁵⁹

De igual forma, bajo la denominada teoría de la autorización a cometer la infracción utilizada en el caso *Kazaa*, el beneficio económico fue considerado por los tribunales australianos como uno de los tantos elementos necesarios para configurar la responsabilidad.

El elemento del beneficio económico en el *copyright* es tratado concretamente, al menos en los Estados Unidos, como interés económico directo en la actividad infractora de quienes realizan personalmente dicha actividad. Cabe tener presente que el interés económico en la actividad infractora no es equivalente al elemento que se ha propuesto aquí, esto es, el beneficio económico obtenido producto de la actividad infractora. Así, la primera hipótesis da cuenta del elemento subjetivo que la conforma, pues se refiere a la existencia de un interés propiamente tal (y por esto en el caso *Napster* se apreció este elemento sin que necesariamente se haya obtenido una ganancia concreta), a diferencia de la segunda hipótesis, en la cual se plantea el resultado concreto de la ganancia efectiva asociada a un ilícito.

Dicho esto, pareciera ser que el mero interés de por sí no es reprochable, a diferencia del provecho efectivo. Aun así, el interés económico podría servir como

²⁵⁹ GINSBURG, J. y RICKETSON, S. *Op. Cit.*, p. 9. A pesar que los citados autores se refieren a que *tal vez* ese solo elemento no configure responsabilidad secundaria bajo la *inducement liability*. En opinión de la Corte Suprema estadounidense este elemento permite inferir con mayor claridad que *Grokster* y *StreamCast* indujeron a sus usuarios a cometer la infracción, por lo que, en caso de no existir claros actos que inciten a la infracción, el solo interés económico en la infractora no conllevaría responsabilidad bajo esa teoría.

elemento que evidencie de mejor manera las distintas formas de participación en la infracción, pero que por sí solo no produce ningún efecto.

En las distintas decisiones jurisprudenciales que recayeron sobre los casos mencionados se concluyó que los operadores de los programas P2P habían orientado sus modelos de negocios para beneficiarse de la infracción cometida por los usuarios. Como se ha señalado anteriormente, el modelo consiste en que los operadores incorporan publicidad en sus páginas *web* en donde se encuentra el programa para ser descargado, donde mientras más usuarios acceden a aquellas páginas, mayor es lo recaudado por conceptos de publicidad. Igualmente, los operadores incorporan publicidad en el mismo programa, la que se hace visible al ejecutar el mismo.²⁶⁰

El problema se origina debido a que la atracción principal que motiva a los usuarios a acceder a las páginas de descarga para utilizar estos programas, es que mediante el uso de éstos se puede acceder gratuitamente a contenidos protegidos por *copyright* o derecho de autor, pues como se ha señalado, evidentemente “la música gratis atrae más visitantes que la música pagada”.²⁶¹ Así, existiría una cierta conexión entre la publicidad, las ganancias y la infracción de los usuarios.

El ejemplo propuesto no es el único modelo de ganancia que puede presentar un operador de programas P2P, debido a que aquel puede incluso cobrar por la descarga del

²⁶⁰ La excepción a este modelo de ganancias es la analizada en el caso *Napster*, donde se entendió que había interés económico directo por un posible beneficio futuro, haciéndose énfasis en el intento de obtener una ganancia.

²⁶¹ METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. Corte Suprema de Estados Unidos. *Op. Cit.*

programa o eventualmente por la descarga de determinados archivos. Pero esta última forma de remuneración es prácticamente imposible, pues la arquitectura descentralizada de la mayoría de estos programas lo impediría. Aun así, en la práctica lo normal será que ninguna de estas opciones resulte atractiva ni para el usuario ni para el operador, pues los pocos incentivos de los primeros en pagar por descargar incidirían en las ganancias del segundo.

La LPI trata esta situación, pero solamente a propósito de la determinación de los daños. Acorde al citado artículo 85 E de la LPI, el tribunal podrá, además, condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido, que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios. Sobre este punto se harán algunos comentarios con posterioridad.

El primer problema entonces consiste en determinar si, bajo la óptica del derecho nacional y la responsabilidad extracontractual, el facilitar un artefacto de uso dual y obtener paralelamente provecho de las infracciones cometidas por terceros en uso de ese aparato, constituye una figura autónoma que sea reprochable, y a la vez permita atribuir participación en la infracción de los usuarios; o más bien y como se ha señalado, es un elemento integrante de los supuestos antes esbozados, permitiendo así determinar con mayor precisión cuando hay participación como cómplice o inductor por parte del operador en esos casos.

La falta de doctrina nacional al respecto en estas materias específicas, sumado el hecho que tanto la doctrina como la jurisprudencia extranjera no consideran al provecho

económico (entendido como interés) derivado de la actividad ilícita como un elemento autónomo, hace dificultosa la tarea. Aun así, este elemento en nada se asemeja a las categorías de cómplice e inductor antes expuestas, por lo que, en principio, quien facilita el programa P2P y obtiene una ganancia asociada a una conducta ilícita no sería partícipe de aquel ilícito por ese solo hecho.

Aunque como se mencionó, las categorías de participación contempladas en el CP son bastante restringidas en base al principio de tipicidad, el cual no aplica en el CC. Esto permitiría adoptar la postura de que, si bien es cierto que esta hipótesis no calza perfectamente bajo las formas de participación expuestas (de cómplice e inductor), y que el solo hecho de proveer una tecnología de uso dual no hace responsable al operador de aquella, no es menos cierto que el facilitar una tecnología que puede ser utilizada de manera ilícita, y a la vez obtener ganancias que se originan producto de esa actividad ilícita es una conducta que no deja de ser reprochable, por lo que podría llegar a catalogarse de partícipe al operador en dicha situación.

Ahora bien, en el entendido que la conducta del operador del programa de facilitar el mismo y obtener ganancias producto de la actividad infractora de los usuarios sea una conducta reprochable, y a la vez que configura una forma de participación de aquel sujeto, surge un nuevo problema a resolver, y que tiene que ver con la relación que debe existir entre el lucro y la actividad ilícita. En efecto, la explotación de un programa P2P no debería acarrear consecuencias negativas para su operador, en la medida que las ganancias obtenidas no sean asociadas a una actividad ilícita como lo es la infracción. De ahí que Von Lohmann recomiende a estos individuos que no hagan dinero de las actividades

infractoras de sus usuarios.²⁶² Aun así, es necesario examinar qué relación debe existir entre el lucro y la infracción.

Si se piensa en el ejemplo propuesto del cobro indebido por descarga directa, no hay duda que el lucro en ese caso provendría directamente de la infracción. Pero dicha hipótesis no es tan clara en el caso del rédito obtenido por los operadores de programas P2P, pues aquel es obtenido directamente por concepto de publicidad, la cual de una u otra forma está ligada a la actividad infractora. En este trabajo se considera que son dos las posturas que se pueden adoptar en este punto, dependiendo de qué tan directa deba ser la relación entre las ganancias y la actividad infractora o ilícita:

En primer lugar, considerando que en este caso las ganancias son obtenidas por cada usuario que accede a la página de descarga o que utiliza el programa, y remitiéndose a la regla de las presunciones, es dable presumir que muchos usuarios (si es que no la mayoría) acceden a la página para descargar el programa e intercambiar archivos que contienen obras que generalmente están protegidas, por lo que se puede concluir que hay una relación de causalidad entre parte de las ganancias y la actividad infractora, pues aquellas provienen necesariamente de dicha actividad, ya que no se puede obviar el hecho de que si las redes de estos programas no permitieran el intercambio de material protegido, las ganancias por publicidad serían mucho menores.

Además, resulta sumamente dudoso que el operador desconozca este hecho, ya que lo normal es que se aproveche de aquella situación. Este argumento tiene su

²⁶² VON LOHMANN, F. *Op. Cit.*, p.6.

fundamento en la relación de causa a efecto que existe entre las ganancias y la actividad ilegal, pero solamente desde una postura de causalidad material, pues eliminando la actividad infractora de los usuarios, es dable presumir que las ganancias del operador disminuirían²⁶³. Así, la conducta del operador de programas sería reprochable, pues si bien el mero hecho de facilitar el programa no es una conducta culposa, el explotarlo para conseguir ganancias que están asociadas a una actividad infractora sí lo sería.

Como se señaló, esta postura fue empleada en la sentencia del caso *Napster* y también en las que recayeron en el caso *Grokster*, enfocadas eso sí desde el punto de vista del interés económico. Incluso cierta doctrina española ha optado por esta posición, criticando el modelo de ganancia de los operadores de programas P2P.²⁶⁴

La segunda postura consiste en determinar si efectivamente las ganancias provienen directamente de una actividad ilícita o no, ya que en caso de no serlo no sería una conducta reprochable. En base a esta postura, el beneficio económico obtenido por el operador provendría de la publicidad, la cual no tiene porqué ser asociada a la infracción. Así, acorde a un criterio normativo de causalidad, si bien la infracción es causa necesaria de las ganancias, no lo sería de manera directa, siendo una ganancia totalmente aceptable.

En base a esta postura, resultaría sumamente controvertido concluir que si la actividad de facilitar un programa P2P es lícita, el hecho de explotarlo económicamente deba ser una conducta ilícita. A mayor abundamiento, resulta cuestionable el hecho de

²⁶³ De igual forma, en este supuesto se podría plantear un eventual fraude a la ley por parte de los operadores de programas, pero el desarrollo de este supuesto excede los fines de este trabajo.

²⁶⁴ SÁNCHEZ ARISTI, R., *Op Cit.*, pp. 185-187.

que sea reprochable que el operador del programa se beneficie de la publicidad más que de la venta directa de un producto o servicio, teniendo en cuenta que el negocio de la publicidad es el negocio estándar empleado en Internet, utilizado también en la televisión y en la radio.²⁶⁵ De ahí que el mero hecho de incorporar publicidad promocionando un determinado producto no es una actividad ilícita, y menos lo serían las ganancias obtenidas por ese hecho. Más aun, debido a que la publicidad se incorpora en un producto de uso dual que no es intrínsecamente ilícito, no debería porqué asociarse la primera a un medio ilegal.²⁶⁶

De las razones expuestas, parece ser que la segunda alternativa resulta más adecuada por erigirse en un razonamiento jurídico más sensato. Si se emplea la causalidad en desde su perspectiva netamente material, dejando de lado la perspectiva normativa, se podría llegar al absurdo de, por ejemplo, reprochar el hecho de obtener ganancias producto de la venta de las impresoras y fotocopiadoras. Esto pues aquellas estarán necesariamente asociadas a la infracción de derechos de autor, ya que al igual que para el caso de los programas P2P, no se puede obviar que muchos consumidor compran estos artefactos para cometer ilícitos; y que mientras más se publicita el artefacto, mayores son

²⁶⁵ ZIMMERMAN, D. 2005. Daddy, are We There Yet? Lost in Grokster-Land. [en línea] New York University Journal of Legislation and Public Policy, Forthcoming; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-21 <<http://ssrn.com/abstract=826064>> [consulta: 27 octubre 2014]

²⁶⁶ El problema planteado no es ajeno a la jurisprudencia estadounidense. Mark A. Lemley y Anthony Reese señalan que las Cortes de ese país han extendido el concepto de *interés económico directo* en la actividad infractora de terceros en lo que respecta a la responsabilidad vicaria (LEMLEY, M y REESE, A. *Op. Cit.*, p. 122). Extender la interpretación de la frase interés económico directo en la actividad infractora (entendido en este trabajo como beneficio económico directo) hasta el punto de hacerlo “indirecto” resulta problemático, pues podría emplearse en contra de lo inventores de tecnologías de uso dual, señalando que aquellos tienen un interés económico directo en una actividad infractora por el hecho de promocionar sus inventos (que pueden ser utilizados indebidamente).

las infracciones cometidas y las ganancias obtenidas (lo que se presume, pues si más consumidores acceden a artefacto de uso dual, estadísticamente mayores serían las infracciones).

El tercer problema dice relación con la dificultad que existe en determinar en qué proporción la actividad ilícita de los usuarios es la que ocasiona las ganancias de los operadores, pues éstas podrían llegar a ser útiles para determinar el monto indemnizatorio (en el supuesto que efectivamente las ganancias sean atribuibles a la infracción, como señala la LPI), cuestión que deberá ser determinada en el caso a caso en base a informes periciales. Este es un problema relevante, pues es imposible concluir que toda la ganancia obtenida por publicidad se debe a usuarios que descargaron el programa para utilizarlo indebidamente, ya que hay quienes lo utilizan sin infringir el derecho de autor.

Ahora bien, quien recibe ganancias asociadas a una actividad ilícita, teniendo el conocimiento de dicha actividad, y el control y la vigilancia del artefacto o programa, debe ser considerado partícipe en la infracción como cómplice de aquel ilícito si es que nada hace para evitarlo, lo que demostraría igualmente su culpabilidad. Este postulado se extiende incluso al beneficio obtenido por publicidad, donde la ganancia no se obtiene directamente de la actividad infractora. La ganancia permitiría presumir que al tercero le conviene omitir efectuar su facultad de control, pues dejaría de recibir aquellas, pudiendo incluso considerarse dolosa su conducta. De igual forma, el inducir a otro a cometer un ilícito para así beneficiarse es una conducta reprochable, donde el dolo será relevante en lo que respecta al deber de reparar inclusive los perjuicios imprevistos, e incluso para la evaluación final de los perjuicios. En estos supuestos, el provecho económico producto

de la actividad infractora haría más patente la participación del operador de programas a título de cómplice o inductor, al igual que en el caso *Grokster*.

En conclusión, la ganancia obtenida producto de una actividad infractora es un problema complejo y va a depender de cuan directa y necesaria sea la relación de causalidad exigida entre la ganancia misma y el ilícito. No existe una regla general para estos casos y serán los tribunales quienes deberán determinar si es reprochable o no la conducta en específico.

Por otro lado, existe otra norma que puede resultar relevante para el presente caso, y que es el artículo 2.316 inciso segundo del CC, el cual será aplicable cuando se considere que el operador no actúa como cómplice ni inductor al obtener beneficios. Este artículo dispone que “[e]l que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta la concurrencia de lo que valga el provecho”. El citado precepto legal contempla una acción restitutoria en favor de quien ha sufrido el dolo, para solicitar la restitución de lo ganado por un tercero a consecuencia de la conducta dolosa²⁶⁷.

Según el profesor Barros, “no es necesario para el éxito de la acción que el demandante logre probar que ha sufrido daño. Su objeto es la restitución de la ganancia injustamente adquirida en razón del hecho ilícito y no la reparación de un daño sufrido

²⁶⁷ La misma regla la contempla el artículo 1.458 inciso segundo del CC, que señala que “[e]n los demás casos (cuando el dolo no es obra de una de las partes del acto o contrato) el dolo da lugar solamente a la acción de perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o que se han aprovechado de él; contra las primeras por el total valor de los perjuicios, y contra las segundas hasta concurrencia del provecho que han reportado del dolo”.

por el demandante, de modo que se trata de una acción restitutoria y no de responsabilidad”.²⁶⁸

El mismo artículo excluye a los cómplices, por lo que Alessandri ha señalado que “es esencial que el que recibe el provecho del dolo ajeno no sea cómplice en él, es decir, que no haya ejecutado el dolo, ni participado en su realización, y ni siquiera que haya tenido conocimiento de él”.²⁶⁹ Al parecer, bajo la interpretación de Alessandri, la noción de cómplice sería lo suficientemente amplia para abarcar las categorías de cómplice e inductor que se han propuesto, las cuales serían excluidas por este artículo en lo referido al legitimado pasivo. Por lo tanto, el análisis de la procedencia de esta acción se efectuará sobre el supuesto de que no concurren las formas de participación señaladas.

Dos problemas surgen de la aplicación del artículo 2316. En primer lugar, el profesor Barros ha señalado que “el actor debe probar en el juicio restitutorio contra el tercero tanto el beneficio que ha obtenido, como la causalidad entre el ilícito y el provecho. Esta última es relevante en sus dos dimensiones: ante todo, como causalidad natural, esto es, que el beneficio haya sido obtenido precisamente a causa del dolo; además, el beneficio debe estar en una relación de suficiente proximidad con el ilícito, lo que usualmente ocurrirá si el beneficio del demandado se obtiene del curso ordinario de acontecimientos que siguen al acto de quien defrauda”.²⁷⁰ En este punto se hace remisión a lo señalado anteriormente, a propósito de la relación de causalidad que debe existir entre

²⁶⁸ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 929.

²⁶⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. *Op. Cit.*, p. 482.

²⁷⁰ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 163.

la infracción y la ganancia, lo cual podría hacer dificultosa la procedencia de esta acción para el caso de las ganancias obtenidas por el operador del programa por concepto de publicidad.

En segundo lugar, para la procedencia de la acción restitutoria debe considerarse doloso el actuar ilícito de los usuarios, pues debe entenderse que el operador del programa saca provecho de la conducta de aquellos. El problema es que el artículo 44 del CC define el dolo como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, definición que da cuenta del denominado dolo directo, donde debe existir precisamente una intención dirigida a conseguir el daño.

Una concepción tan restringida de dolo impediría aplicar la acción restitutoria al presente caso por el siguiente motivo: el provecho económico obtenido por el operador del programa P2P es ocasionado, en definitiva, en gran parte por el intercambio entre los usuarios de material protegido por el derecho de autor. Esto implicaría necesariamente asegurar que el intercambio, esto es, la reproducción y puesta a disposición de obras por parte de los usuarios es una actividad dolosa en términos del artículo 44 del CC, lo que no parece cierto.

En efecto, un usuario no reproduce un archivo efectuando una descarga con la intención de producir un daño patrimonial al titular de los derechos. Muchas razones podrá tener el usuario, incluyendo el hecho de ahorrarse el costo de acceso legal a la obra. En este supuesto, la intención no es generar un daño, sino más bien ahorrarse un costo. Por otro lado, el usuario que comparte tampoco lo hace con la intención de causar un

daño, ya que generalmente es el fin altruista el que lo motiva, o el poder acceder a beneficios varios.

La única posibilidad de que proceda esta acción es acudiendo a la definición de dolo adoptada por el profesor Barros, quien considera que la noción de dolo en general debe ser interpretada de manera amplia incluyendo incluso al dolo eventual. Citando a la Corte Suprema, Barros ha señalado que “existe dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado, que no se proponía causar; pero que, en definitiva, lo acepta (lo ratifica), para el caso de que tal evento llegare a producirse”.²⁷¹

Esta definición permite inferir que aquellos usuarios que comparten archivos que contienen obras protegidas saben que, en algún grado, su conducta puede acarrear la consecuencia de que muchos individuos dejen de acceder a las obras de manera lícita y onerosa, y lo hagan de manera ilícita y gratuita, descargándolas mediante redes P2P, ahorrándose así el valor de acceso. Si bien ambos bienes no son sustitutos perfectos, pues no hay certeza de que un usuario que accedió ilícitamente lo habría hecho de manera lícita, sí existe una razonable probabilidad de que lo hubiese hecho.

Por lo tanto, en este supuesto sí existiría dolo eventual de parte de los usuarios, y el operador de programas P2P estaría beneficiándose de aquel, lo que daría cabida a la acción comentada.²⁷² Esta hipótesis resulta más clara para el caso que los operadores de

²⁷¹ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p.160.

²⁷² Aun así, pareciera ser no tan aconsejable una interpretación tan amplia del mismo artículo en determinadas circunstancias, por las consecuencias nocivas y aberrantes que podría traer para los inventores y distribuidores de tecnologías de uso dual. Como se dijo anteriormente, si se considera que sus ganancias provienen en parte de las ventas de los aparatos a sujetos que las utilizan para cometer infracciones, podría llegarse al absurdo de hacer procedente esta acción en contra de los distribuidores de grabadores de *cassette*,

programas cobrasen por descargas a los usuarios, pues en caso de estimarse que su conducta no es reprochable a título de cómplice o inductor, sí podría dar lugar a la acción de restitución. Respecto de la ganancia asociada a publicidad, existen dudas en cuanto a la relación de causalidad.

4) Omisión de actos concretos y razonables destinados a prevenir la actividad infractora

En este punto se tratará la omisión de distintos tipos de medidas que los operadores de programas P2P pueden utilizar para disminuir o prevenir la actividad infractora. Dichas medidas buscan prevenir que ocurran infracciones, por lo que operaran *ex ante*, a diferencia de la facultad de control que tienen los operadores de programas de red centralizada, facultad que operan una vez que se haya cometido la infracción.

El estándar de cuidado consiste en que si el operador pudo haber tomado medidas para prevenir la infracción, siendo aquellas razonables y económicamente viables, el mandato del buen padre de familia es precisamente actuar adoptándolas. Lógicamente, no todas las medidas tienen la aptitud de prevenir en su totalidad la infracción, pues existen algunas más efectivas que otras.

por ejemplo. Aquí el problema igualmente parece ser de causalidad, pues difícilmente es atribuible la ganancia obtenida por la venta a la posible actividad infractora del comprador.

Este estándar es aplicable tanto para el operador de programas de red centralizada como semi centralizada y descentralizada. *A priori*, todos serían capaces de incorporar medidas preventivas en sus respectivos programas, y así deben hacerlo en el supuesto que eso sea posible, pues si la tecnología que facilitan y explotan es capaz de usos infractores, tienen la obligación de impedir que aquella sea utilizada preferentemente para tales usos. En caso contrario, su conducta reprochable podría ser catalogada bajo la hipótesis del cómplice.

Tanto en el caso *Grokster* como en *Kazaa*, los respectivos tribunales atribuyeron responsabilidad a los operadores de esos programas por, entre otras conductas, haber fallado en desarrollar mecanismos que prevengan la infracción, específicamente, haber omitido desarrollar medidas de filtrado o bloqueo de archivos que contengan obras protegidas. En ambos casos, la sola omisión no acarrearía responsabilidad bajo las teorías propuestas, pues aquellas requieren otros requisitos, aunque sí vendría a hacer más patente la infracción indirecta.

Respecto de la resolución de la Corte Suprema en el caso *Grokster*, se han realizado críticas en torno a la falta de especificación de la frase “haber fallado en desarrollar mecanismos que prevengan la infracción”. En efecto, bajo esa noción, se ha señalado que “[l]os tribunales de primera instancia tendrán que establecer un estándar para definir las circunstancias en las que la falta de desarrollo de herramientas de filtrado u otros mecanismos para disminuir la actividad infractora se pueden tener en cuenta como prueba de la intención ilícita (refiriéndose a la *inducement liability*). No puede ser suficiente demostrar que una solución de filtrado fue teóricamente posible, pero que a la

vez requería de una invención exhaustiva o que hubiese sido técnicamente imposible de ejecutar, o que un diseño alternativo de los productos (programas en este caso) se podría haber implementado a cualquier precio. No puede ser que las empresas de tecnología deban prever y evitar todo tipo de usos infractores de sus productos una vez colocados estos en el flujo del comercio”.²⁷³ De ahí que, la omisión de este tipo de medidas podría no acarrear responsabilidad si es que aquellas son inviables en la práctica.

Ahora bien, en la medida que los mecanismos de filtrado y bloqueo sean viables tanto técnica como económicamente, el operador debería incorporarlos en su programas si es que aquellas medias permiten disminuir la actividad infractora. El problema es que muchos ponen en duda la efectividad de estas medidas, donde pudiendo ser viables, pueden incluso no ofrecer resultados satisfactorios.

Para Paul Ganley no existe certeza sobre si estas medidas ofrecen un mecanismo eficaz para la disminución de la actividad ilícita a través del P2P. Señala que “las tecnologías de filtrado no han sido sujetas ningún test público o escrutinio significativo y no se ha demostrado que dicha tecnología pueda efectivamente diferenciar entre archivos infractores y no infractores en la escala requerida”.²⁷⁴

El citado autor continúa señalando que “las tecnologías de filtrado pueden ser fácilmente derrotadas por terceros o por los mismos usuarios que pueden desinstalar o

²⁷³ BROWN M. D., et al. *Op Cit.*, p. 26 (la traducción es propia).

²⁷⁴ GANLEY, P. 2006. Surviving Grokster: innovation and the future of peer-to-peer. *European Intellectual Property Review* 28(15):1-18, p.4 (la traducción es propia).

rechazar instalar el programa de filtrado en sus computadores”.²⁷⁵ Para Ganley, estas medidas serían muy costosas para los beneficios potenciales que se pueden obtener con ellas, los cuales son inciertos.²⁷⁶

En definitiva, corresponderá a quienes tengan conocimientos en la ciencia de la informática, en su calidad de peritos, determinar si dichas medidas de bloqueo y filtrado permiten efectivamente disminuir la actividad infractora o no, y si son viables tanto técnica como económicamente para los operadores de programas, en relación a sus posibles resultados. En caso de ser afirmativa en todos los aspectos la respuesta a la interrogante planteada, los operadores deberían incorporar estas medidas. En caso contrario, la sola omisión de aquellas no debería ser sinónimo de negligencia del operador por haber omitido un deber de cuidado que es imposible de realizar, pues a lo imposible nadie está obligado.²⁷⁷ De igual forma, no sería cómplice por la sola omisión.

Además de estos mecanismos de prevención, existen otros no tan eficaces, como lo son las advertencias y los manuales de usos adecuados del programa P2P. Lógicamente, dichas medidas van a depender finalmente de la actividad del usuario, pues es aquel quien decide si las toma en cuenta o no. Es así como en el caso *Kazaa*, el tribunal estimó que

²⁷⁵ GANLEY, P. *Op Cit*, p.4. Ganley pone como ejemplo los mecanismos de encriptación que pueden utilizar los usuarios para “esconder o enmascarar” el contenido de los archivos (la traducción es propia).

²⁷⁶ *Ibid.*, p.4.

²⁷⁷ Un punto interesante es el que destacan Matthew D. Brown, Orion Armon, Lori Ploeger, y Michael Traynor, quienes consideran que no es claro porque, bajo un criterio de eficiencia o justicia, los diseñadores de productos deberían implementar ellos mismos las tecnologías de prevención de infracción y no lo titulares de derechos. Señalan que en algunas circunstancias, especialmente en el mundo del contenido digital, es menos caro o tecnológicamente más factible para el titular de los derechos que para el demandando incorporar las soluciones técnicas (básicamente las medidas tecnológicas de protección) para prevenir o reducir la infracción (BROWN, M. et al. *Op. Cit*, p.29. La traducción es propia). Por otro lado, cabe recordar que *Napster* fue incapaz de filtrar el contenido ilícito acorde a las exigencias del tribunal de segunda instancia.

las advertencias sobre el uso ilícito de estos programas fueron insuficientes para prevenir o disminuir la infracción al *copyright*.²⁷⁸

Aun así, estas medidas deberían ser relevantes, pues aunque no tengan un efecto concreto, buscan informar a los usuarios de los posibles ilícitos que pueden cometer²⁷⁹, lo que puede tener algún efecto disuasivo. La sola omisión de estas medidas no debería acarrear responsabilidad del operador a título de copartícipe en la infracción, pero pueden ser útiles cuando efectivamente actúa el operador como cómplice o inductor, pues sería un elemento a tener en consideración para hacer más patente dicha forma de participación.

Para concluir el tema de la posible participación de los operadores de estos programas, cabe recordar que los supuestos planteados no son en ningún caso taxativos, pero representan elementos que debe tener en cuenta un tribunal para atribuirles a estos sujetos la participación en la infracción de los usuarios, en conjunto con la determinación del estándar de cuidado.

5) ¿P2P como ISP?

Resta resolver el último problema de la parte de este trabajo, el cual consiste en determinar si los operadores pueden excusarse bajo el título tercero de la LPI, que en sus

²⁷⁸ UNIVERSAL MUSIC AUSTRALIA PTY LTD. & ORS v. SHARMAN LICENSE HOLDING LTD. & ORS. Corte Federal australiana de la ciudad de Sidney. *Op. Cit.*

²⁷⁹ Se puede plantear una cierta analogía en materia de derecho del consumidor, regulación que si bien tiene una orientación totalmente distinta, regula deberes de información básicos, los que son relevantes al tratar productos que presentan una alta peligrosidad, como los pesticidas o las armas. Los deberes de información son relevantes cuando un producto es potencialmente peligroso.

artículos 85 L y siguiente contempla la limitación a la responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet. Esto implicaría aseverar que las funciones de los programas P2P son equivalentes a las de los ISP que regula la LPI.

La LPI define en el artículo 5 y) a los ISP como “una empresa proveedora de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona, o un empresa proveedora u operadora de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes”.

El artículo 85 letra L es el que consagra el denominado puerto seguro, pues según este artículo, en el caso que terceros cometan infracciones a través de las redes o sistemas de los ISP, estos no serán responsables civilmente por dichas infracciones, en la medida que cumplan con los requisitos del capítulo tercero de la LPI (entendida la responsabilidad en este caso por el hecho de haber permitido la infracción del tercero, esto es, responsabilidad por el hecho propio).

Dos funciones de los ISP son las que presentan relevancia al caso:

En primer lugar, la de los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones. Dentro de esta hipótesis se encuentra el denominado proveedor de acceso, que los tribunales nacionales han definido como “aquel que permite que un determinado usuario se conecte con la red de Internet, que de no existir ese acceso haría imposible la comisión del ilícito”.²⁸⁰ Cabe recordar que respecto

²⁸⁰ ORLANDO FUENTES SIADE con ENTEL S.A. Corte de Apelaciones de Santiago. *Op. Cit.*

de estos ISP, en el caso *Napster* se concluyó que los programas y redes P2P no cumplían esta función, pues la legislación estadounidense exige que la transmisión de datos se efectúe a través de las redes operadas por el ISP, situación que no ocurre en la red P2P.

En segundo lugar, la de aquellos ISP que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información. En este aspecto, en el caso *Napster* se omitió hacer referencia a si el operador podría eximirse por esa función del programa.

A primera vista, las funciones de los programas P2P abarcarían las señaladas, pues la mayoría permite buscar y transmitir datos mediante la red P2P (salvo programas como *BitTorrent*, el cual no presenta motores de búsqueda). Pareciera ser que el motor de búsqueda que presentan algunos programas P2P corresponde al segundo supuesto de servicios de búsqueda de información. Por otro lado, la regulación de la LPI no señala en ningún caso que la transmisión de datos deba efectuarse a través de la red operada por el ISP, por lo que igualmente los programas P2P podrían cumplir la función de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones en términos de la LPI.

Aun así, la opinión del autor de este trabajo es de la idea que un operador de programas P2P no puede acogerse al puerto seguro ideado para los ISP, pues “las exenciones de responsabilidad previstas para los ISP no serían de aplicación para proteger al productor del *software* (...)”.²⁸¹ Es así como la regulación de la LPI está dirigida a otro

²⁸¹ XALABARDER, R. 2007. La responsabilidad de los prestadores de servicios de internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. *Revista iberoamericana de derecho de autor* (2):54-75, P. 12.

tipo de individuos (por ejemplo, a la empresa que habilita al usuario a acceder a Internet; o a empresas que operan páginas *web* como las de *Google*, que permiten buscar información), resultando dudoso que aquella ampare al distribuidor de un programa.²⁸²

- 4. La conducta debe atentar contra una obra protegida por el derecho de autor o un derecho conexo; debe afectar derechos patrimoniales o morales de autor; la obra no debe haber caído en dominio público o no o no debe expirado el plazo de protección de los derechos conexos; y la conducta no debe estar amparada por alguna excepción o limitación al derecho de autor**

Los elementos de la responsabilidad enumerados no presentan mayor relevancia en el análisis del operador del programa, pues aquel no comete la infracción de manera directa. Así, estos elementos son relevantes a propósito del usuario, por ser él quien infringe de propia mano el derecho de los titulares.

Basta recordar aquí lo señalado anteriormente respecto de las obras que han caído en dominio público, pues este elemento da cabida, en parte, a la licitud de los usos que pueden tener este tipo de programas. Aunque no formen parte del dominio público, los

²⁸² La misma idea tiene Von Lohmman, para quien el congreso estadounidense no anticipó la aparición de los programas P2P, y así muchos de estos no calzan en las hipótesis de la DMCA (VON LOHMANN, F. *Op. Cit.*, p.4).

derechos conexos cuyo plazo de protección se ha extinguido también formarían parte de los usos lícitos.

Por otro lado, toda la información que no cumpla los requisitos de obra protegible por el derecho de autor y los derechos conexos (incluyendo obviamente aquellos que pertenecen a la propiedad industrial) también formará parte de los usos lícitos, pues su intercambio es plenamente legal, salvo que la ley señale lo contrario (por ejemplo, el uso de información confidencial).

5. El daño ocasionado por los operadores de programas P2P

Al igual que a propósito de los usuarios, se debe determinar si el hecho de poner a disposición un programa P2P es una conducta capaz de causar daños a los titulares de derechos; y por otro lado, si puede ser determinado dicho daño. Para esto, se presupone que efectivamente el operador ha sido partícipe de la infracción de sus usuarios, por lo que ha obrado culpablemente. Los problemas de causalidad se tratarán en el siguiente apartado.

Partiendo de la conducta reprochable del operador en facilitar, permitir o inducir la infracción como intermediario, los problemas de la determinación de la existencia del daño o la constatación del mismo tienen su respuesta en la conducta infractora de los usuarios. Si se entiende que el operador del programa P2P participa de manera reprochable en la infracción de todos los usuarios de su programa, el daño ocasionado por

éstos también es atribuible al operador, por lo que todo lo señalado respecto de la existencia del lucro cesante producto de la conducta de los usuarios es aplicable aquí. Así, la conducta culpable del operador del programa ocasiona un lucro cesante en los titulares de derechos, el cual le es atribuible. Esto tanto para la conducta del usuario que comparte como la del que descarga.

El problema central consiste en determinar efectivamente a qué monto asciende ese lucro cesante. Se debe entender que este tipo de daño es ocasionado por todos los usuarios que utilizan el programa; y al operador del programa le es imputable este daño por su participación en el ilícito, por lo que es sumamente complejo llegar a determinar una suma cierta. No se puede acudir a la jurisprudencia comentada anteriormente, pues en *Napster* no se demandó de perjuicios (sólo de se interpuso una medida prejudicial), y tanto en *Grokster* como en *Kazaa* se llegó a un acuerdo entre demandantes y demandados (lo que es lógico si se considera que bajo los *statutory damages* se puede condenar a sumas estratosféricas).

Este problema es de suma relevancia, pues, y al igual como se señaló respecto de los usuarios, aunque la sola infracción del operador produzca un daño (de acuerdo a la postura mayoritaria de la doctrina), eso no implica que el demandante no esté exento de la obligación de probar la suma a la que asciende el monto indemnizatorio, lo cual resulta ser un tema de máxima complejidad en este supuesto.

La doctrina española ha tratado de idear soluciones al problema de la determinación del monto de la indemnización, lo que se explica en parte porque la

legislación de propiedad intelectual de ese país no presenta un sistema de indemnización predeterminada.

Pedro Letai propone que dentro del lucro cesante, “se habrán de sumar, en la valoración, los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita”.²⁸³ Continúa señalando que “[e]sa cuantía incluirá los ingresos publicitarios, los ingresos directos por la venta del programa y los ingresos de licenciar su tecnología a otras entidades y usuarios. No todos los ingresos del operador serán obtenidos por la actividad ilícita, pero para no exigir al demandante una *probatio diabólica* hay que entender que el perjudicado tendrá la carga de probar los beneficios globales que haya percibido el infractor, siendo éste quien haya de demostrar qué parte concreta de esos ingresos no proviene de actividades vinculadas directa o indirectamente con la explotación de la tecnología P2P”.²⁸⁴

Ignacio Garrote plantea que “si el demandante es una entidad de gestión y la demanda se refiere al uso ilícito de su repertorio en los P2P, la indemnización debería teóricamente fijarse atendiendo al importe de la regalía que se hubiera obtenido de haber

²⁸³ LETAI, P. *Op. Cit.*, p. 444. En este punto se debe hacer referencia a todo lo comentado respecto de las ganancias de los operadores y la causalidad. La doctrina citada es de la idea que los programas P2P son ilícitos, y que el operador será siempre responsable por la puesta a disposición de los mismos en la Red. De ahí que la ganancia necesariamente estará asociada a una actividad infractora, como en su opinión es lo que ocurre con el P2P. En este trabajo se discrepa de la postura tan radical adoptada por esta doctrina, entendiendo que no todo programa P2P debe ser catalogado como “ilegal”. Por otro lado, la ganancia obtenida por el sujeto infractor no tiene la naturaleza propiamente tal de lucro cesante para el demandante, pues como se comentó con anterioridad, aquel refleja una ganancia dejada de ser obtenida por quien experimentó el daño, y no un lucro obtenido por quien causó el daño. Así, en este caso la acción indemnizatoria asumiría una naturaleza de acción restitutoria más que reparadora.

²⁸⁴ *Ibid.*, p. 444.

autorizado la explotación. Dicha regalía se obtendría mediante la aplicación de las tarifas generales de la entidad (...).²⁸⁵

Este autor propone igualmente un mecanismo de evaluación para el caso en que el demandante no sea una entidad de gestión colectiva.²⁸⁶ Consiste en acudir al precio de la licencia que hubieran obtenido los distintos titulares de derechos para autorizar una actividad como la de los programas P2P (regalía hipotética), esto es, la remuneración que hubiera percibido el titular de haber autorizado la explotación a través de los actos de puesta a disposición y reproducción.

Esta forma de evaluación del monto indemnizatorio debe basarse en el número de usuarios del programa, y de cuántas obras o prestaciones protegidas hay en los repertorios personales de los usuarios de un sistema P2P concreto. Multiplicando el precio de mercado de la licencia *on line* de un archivo por el número de usuarios del programa, se podría hacer el cálculo de la licencia que hubiera tenido que abonarse a los titulares de derechos de haberse autorizado la explotación.

El cálculo de la indemnización que se plantea tiene por objeto establecer un monto mínimo indemnizatorio, y se basa en el valor de la licencia de descarga. Para esto, Garrote propone tres premisas que a su juicio son poco discutibles:

En primer lugar, detrás de cada una de las descargas del programa P2P concreto hay, a lo menos, un usuario que utiliza el mismo.

²⁸⁵ GARROTE, I. *Op. Cit.*, p.306.

²⁸⁶ *Ibid.*, pp. 306-310.

En segundo lugar, cada usuario ha descargado, a lo menos, un archivo que contiene una obra protegida.

En tercer lugar, para el cálculo del monto mínimo indemnizatorio, hay que presumir que cada usuario que ha descargado el programa P2P ha descargado igualmente, por lo menos, un archivo que contiene una obra protegida. Multiplicando el número de usuarios por el precio de licencia para reproducir en el ordenador del usuario una obra o prestación concreta se puede concluir el monto mínimo final. Para contabilizar el número de usuarios de un programa determinado, la autoridad judicial puede solicitar dichos datos a los prestadores de alojamiento donde se descarga el programa.

El problema del análisis de Garrote es que propone que hay que tener presente el tipo de programa P2P que se analiza, donde si aquel permite sólo el intercambio de archivos musicales, habría que estarse a los titulares de obras musicales. Lo cierto es que actualmente estos programas permiten el intercambio de todo tipo de archivos, por lo que es prácticamente imposible distinguir si un usuario compartió un archivo que contiene una canción de uno que contiene una película por ejemplo, en base al criterio propuesto por el autor. Esto tiene repercusiones en el cálculo final del monto indemnizatorio, pues la licencia de descarga de una canción difiere totalmente de la de un *software*, y así respectivamente.

Complementando lo señalado por Garrote, también habría que considerar las obras respecto de las cuales el demandante es titular de derechos. Y así por ejemplo, si el

demandante es titular exclusivamente de derechos respecto de obras musicales, habrá que estarse al valor de la licencia de las mismas.

El análisis efectuado por Garrote se remite netamente a la regla probatoria de las presunciones. En este sentido, documentos contables que acrediten las variaciones en los ingresos del demandante también podrían ser útiles para determinar el lucro cesante, pues aquellos reflejan las pérdidas que pueden ser asociadas de una u otra forma a la actividad del P2P.

De ser aceptado por la jurisprudencia el mecanismo de evaluación del lucro cesante propuesto por el autor español, con aquel no se indemnizará la totalidad de los perjuicios, sino más bien se asegura un “piso” mínimo. Además, cabe recordar que los usuarios igualmente comparten archivos que contienen obras protegidas, y el análisis propuesto por Garrote no hace mención a dicha actividad. Por lo mismo, este análisis debe ser complementado con las disposiciones especiales que contempla la LPI a propósito de la determinación del perjuicio.²⁸⁷

El artículo 85 E inciso tercero permite condenar al infractor a pagar las sumas obtenidas que sean atribuibles a la infracción y que no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios. El que las sumas obtenidas por el demandado sean atribuibles a la infracción es un criterio que se remite netamente a la causalidad, por lo que todas las consideraciones que se plantearon anteriormente se entienden reproducidas aquí.

²⁸⁷ No deja de resultar criticable esta postura si se entiende que la indemnización busca la reparación íntegra del daño. Lamentablemente no puede obviarse que en estas materias es casi imposible determinar un monto objetivo y certero, lo que es consecuencia de la naturaleza de estos programas.

En vez de acudir por este vía, el demandante podría optar por el mecanismo de la indemnización predeterminada contemplado en el artículo 85 letra K de la LPI (de igual forma, el demandante deberá acreditar la conducta negligente e infractora del operador del programa). Lo normal es que así sea, por otorgarle beneficios en materia probatoria. Así, se puede utilizar el modelo de determinación de daño propuesto por Garrote, donde por cada descarga del programa se presume que existe una infracción por parte del operador del programa P2P.

Como se mencionó anteriormente a propósito de la determinación del daño de los usuarios, este artículo emplea como criterio de determinación del monto indemnizatorio la gravedad de la infracción. Por lo mismo, se debe tener en cuenta el impacto que los programas P2P generan, pues permiten el intercambio masivo de archivos que contienen obras, y no sólo la descarga de los mismos. Todo esto da para pensar que las sumas indemnizatorias podrían llegar a ser elevadísimas, si se entiende que por cada infracción del usuario hay infracción igualmente del operador, llegando a un límite de 2.000 UTM por infracción.²⁸⁸

6. La relación de causalidad entre la conducta infractora de los operadores de programas P2P y el daño cometido.

²⁸⁸ Así, la gravedad de la infracción tendrá que ver principalmente con el número de usuarios a los cuales el programa permitía el intercambio y el número de archivos que circulaban por su red. Lamentablemente, el problema de los daños punitivos es traído nuevamente a colación.

Entre la conducta reprochable del operador del programa y el daño ocasionado por su conducta (y la de los usuarios) debe existir una relación de causa a efecto, tanto necesaria como directa.

El que el daño sea ocasionado necesariamente por la conducta negligente del operador del programa deriva en el elemento naturalístico de la causalidad, esto es, la teoría de la equivalencia de las condiciones. De acuerdo a esta teoría, tanto la conducta del usuario como del operador serían en conjunto causa necesaria del lucro cesante que experimentan los demandantes, lo que se comprueba con la supresión mental hipotética de estos hechos.

En efecto, si el operador no hubiese puesto a disposición en Internet el programa, la infracción no se hubiese cometido en la forma en que se realiza en las redes P2P, pues es imposible pensar que miles de personas intercambien archivos mediante otro tipo de programas (o si se analiza desde otra perspectiva, la infracción se habría cometido en el uso de otro programa P2P, pero no mediante aquel que es objeto de litigio). Puede que la infracción igualmente se hubiese cometido, pero en ningún caso de la forma señalada. De igual manera, si los usuarios deciden no intercambiar archivos que contienen obras protegidas, no existiría daño alguno que atribuirles.

Independiente de que el operador del programa se haya comportado de manera lícita, su conducta igualmente sería la causa de la infracción bajo esta teoría. Pero sabido es que “de la sola circunstancia de que un hecho negligente aparezca como condición necesaria de un cierto daño, no se sigue que su autor deba ser siempre tenido por

responsable”.²⁸⁹ Será necesario entonces acudir al elemento normativo de la causalidad, en virtud del cual la conducta negligente del operador debe ser la causa directa del lucro cesante.

En caso que el programa P2P utilizado sea de naturaleza centralizada, y el operador en conocimiento de la actividad infractora omite realizar actos de control que impidan que se sigan cometiendo infracciones, se puede llegar a la conclusión que su conducta es la causa del lucro cesante. Acorde a la teoría de la causalidad adecuada, la omisión del operador es apropiada para producir el daño, el cual igualmente es previsible que ocurra como consecuencia de dicha omisión. Por el contrario, si el operador de programa no sabe específicamente qué actos infractores están ocurriendo en su programa, la omisión de los actos de control no serían causa del daño acorde a un criterio normativo de la causa. Lo mismo se puede concluir de acuerdo a la teoría de la causalidad basada en el riesgo creado por el hecho, donde la omisión de medidas de control crearía el riesgo de la producción del daño.

Este análisis es aplicable de igual forma a la omisión de medidas de filtrado, en el supuesto que aquellas sean viables.

A igual conclusión se puede llegar en la hipótesis de la inducción a cometer una infracción por parte de los operadores. Como se señaló, en el contexto digital es sumamente fácil cometer infracciones al derecho de autor. Naturalmente que una conducta que incentive a intercambiar archivos que contienen obras protegidas es una

²⁸⁹ BARROS BOURIE, E. *Op. Cit.*, p. 384.

conducta que crea un riesgo enorme de daño para los titulares de derechos, daño que es totalmente previsible.

7. Solidaridad de la responsabilidad

Tanto la conducta negligente del usuario como la del operador del programa P2P son las que han provocado el daño, por lo que se está ante una hipótesis de pluralidad de causas. De igual forma, se ha concluido que el artículo 2317 del CC abarca tanto a los usuarios como a los operadores, por lo que estos deberán responder solidariamente por los daños que han ocasionado con su actividad infractora.

Podrá entonces el demandante dirigirse contra el usuario por el daño que ha ocasionado al poner a disposición del público y reproducir las obras respectivas sin contar con la autorización necesaria, o contra el operador del programa por el daño ocasionado por la actividad infractora de cada usuario del mismo, pues es copartícipe en el total de esas infracciones.

La responsabilidad solidaria necesariamente debe ser planteada en estos términos. Sería absurdo pretender hacer responsable a cada usuario por los daños cometidos por la totalidad de los mismos, pues resultaría totalmente injusto. Pero nada obsta a que el operador del programa responda de esa forma, pues con su conducta negligente ha participado en la comisión de ese daño y lo ha permitido.

CAPITULO VII: SOLUCIONES A LA PROBLEMATICA QUE GIRA EN TORNO AL USO INDEBIDO DEL P2P

A lo largo del desarrollo de este trabajo se ha concluido que el uso infractor de los programas P2P puede acarrear pérdidas millonarias para los titulares de derecho. Se analizó igualmente que este daño se fundamenta en el hecho que existe un cierto reemplazo entre el acceso legal y oneroso de la obra por el ilegal y gratuito, reemplazo que si bien no es perfecto, si cumple con los requisitos del lucro cesante. Por otro lado, los usuarios también comparten información sin pagar las licencias respectivas, lo que igualmente es una ganancia que deja de obtener el titular de derechos.

De igual forma, se ha señalado que son pocos los incentivos que tienen los titulares de derechos para demandar a los usuarios para que los indemnicen de estos daños. Además, se ha concluido que no siempre el operador de programas P2P será responsable por el hecho de facilitar una tecnología apta para cometer una infracción, por lo que tampoco necesariamente debería hacerse responsable por estos daños que no le serían imputables.

Todas estas consideraciones demuestran que existe un problema que gira en torno al uso indebido de estos programas, pues los titulares de derechos estarían perdiendo ganancias sin tener las herramientas necesarias para “recuperarlas”.

En la doctrina comparada se han ideado diversos mecanismos y soluciones para normalizar esta actividad. En este trabajo sólo se mencionarán algunos, y así por ejemplo,

medidas como aquellas que buscan impedir el uso de programas P2P, a través de solicitud directa a los ISP para que estos suspendan su servicio, no serán consideradas, por ser de carácter fáctico (y en algunos casos de dudosa legalidad) y porque no dicen relación directa con el tema que aquí se propone, esto es, las pérdidas de ganancias.²⁹⁰

1. Intercambio mediante P2P como actividad sujeta a una remuneración compensatoria

Rafael Sánchez Aristi analiza este mecanismo desde su propia perspectiva, la cual fue citada anteriormente, y que consiste en entender que la actividad desarrollada por el operador del programa P2P es siempre ilícita, correspondiendo atribuirle la responsabilidad civil en cualquier situación, argumento que no se comparte en este trabajo.

Desde esta perspectiva, señala²⁹¹ que un posible mecanismo que tienen los titulares de derechos para menguar las pérdidas ocasionadas por la actividad ilícita de intercambio consiste en establecer un gravamen sobre dicho intercambio, donde los deudores directos no serían los propios usuarios del programa, pero que finalmente serían aquellos que soportarían indirectamente el gravamen.

²⁹⁰ Aunque es imposible negar que bloqueando el acceso al programa mediante el ISP las pérdidas podrían empezar a desaparecer. Por otro lado, el demandante siempre tendrá la posibilidad de acudir a las medidas prejudiciales y judiciales precautorias para evitar que la actividad infractora se siga desarrollando.

²⁹¹ SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, pp. 211-216.

Explica que el gravamen debería recaer en todos los productos y servicios cuyo valor se vea sustancialmente elevado como consecuencia del tráfico P2P. Este gravamen lógicamente sería destinado a los titulares de derechos para así compensar las pérdidas. Es así como tanto el programa P2P como los proveedores de acceso a Internet se verían gravados en el desarrollo de su actividad. Además, el gravamen recaería de igual forma en los fabricantes de aparatos que sirvan para almacenar, copiar, ejecutar o transmitir archivos digitales, tales como discos duros o grabadoras de discos.

El gravamen abarcaría solamente las actividades de reproducción y puesta a disposición del público efectuadas por los usuarios, pudiendo excluirse el efecto benéfico del gravamen a determinada categoría de obras.

La solución propuesta es criticable por presentar inconvenientes. Aristi señala que por un lado existiría dificultad de calcular el montante del gravamen en relación con cada bien o servicio, habida cuenta de que se trata en muchos casos de servicios y productos multifunción, que no cabe relacionar de forma exclusiva con el tráfico P2P. Sólo tendría sentido el gravamen si se tratase de un producto o servicio exclusiva o principalmente destinado al intercambio mediante programas y redes P2P, lo que ocurriría solamente con el programa P2P; y si se pretende gravar exclusivamente aquel sería mejor someterlo a licencia.

En segundo lugar, gravar a una pluralidad de agentes sería totalmente injusto, pues el modelo de negocios de aquellos no está asentado en los programas P2P, por más que puedan beneficiarse indirectamente.

2. Intercambio mediante P2P como actividad sujeta a una licencia

Esta solución igualmente es propuesta por Rafael Sánchez Arísti²⁹², y considera que la actividad del operador del programa debe sujetarse a licencia. Evidentemente, aquella tiene más sentido si se entiende que la actividad desarrollada por este sujeto es netamente ilícita, pues de lo contrario, no se explica por qué deba sujetarse a una licencia. Aun así, permite solucionar el problema de la pérdida de ganancias.

La solución propone que la licencia debería abarcar todas las modalidades de explotación que el intercambio P2P pone en juego, es decir, tanto la reproducción instrumental que debe efectuarse previamente al poner el archivo que contiene la obra a disposición del público, como la misma puesta a disposición del público de aquel archivo, y la reproducción realizada como consecuencia de la descarga. Así mismo, la comercialización del programa P2P debería quedar sujeta a licencia. De ahí que la licencia la pagarían tanto operadores como usuarios.

La forma de obtener las licencias por parte del operador del programa va a diferir en cuanto a la forma de administración de los derechos. Lo normal sería que dichas licencias las otorguen las entidades de gestión colectiva, pero también puede ocurrir que los titulares de los derechos de autor sean grandes empresas que administren sus propios derechos.

²⁹² SÁNCHEZ ARISTI, R. *Op. Cit.*, pp. 216-227.

En la medida que algún titular de derechos se niegue a otorgar la licencia para que sea objeto de intercambio mediante redes P2P, Aristi señala que el operador del programa deberá insertar advertencias y filtros para impedir que los usuarios intercambien dichos contenidos respecto de los cuales no alcanza la licencia obtenida. Sobre los filtros debe recordarse lo señalado con anterioridad, a propósito de la eficacia y eficiencia de los mismos.

Al parecer el mecanismo propuesto es bastante adecuado si lo que se busca es solucionar el problema planteado, aunque para el autor de este trabajo aún quedan dudas referidas en torno al por qué un operador de programas que actúa lícitamente debería obtener las mencionadas licencias si no realiza ninguna utilización de las obras. En caso que la licencia la pague el usuario no se presentaría este inconveniente, aunque claro, lo normal será que la pague al descargar el programa, pero ¿y si no lo descarga con la intención de compartir archivos que contienen obras protegidas?

3. Establecer sanciones efectivas y disuasivas en contra de los usuarios

Esta alternativa es propuesta por Mark Lemley y Anthony Reese²⁹³ como solución alternativa a la problemática planteada. Los autores identifican igualmente los problemas señalados a propósito de los *punitive damages*, por lo que son reacios a la misma.

²⁹³ LEMLEY, M y REESE, A. *Op. Cit.*, p. 149.

Como se analizó anteriormente, establecer sanciones altas contra los usuarios podría tener un fin disuasivo, el cual puede incidir finalmente en las ganancias dejadas de obtener por los titulares de derechos. Pero está claro que el derecho civil no puede tener un fin punitivo ni tampoco disuasivo, salvo indirectamente, pero no como fundamento.

El fin disuasivo está más asociado al derecho penal, lo que explica en cierta medida el aumento en las penas introducidas en la última reforma de la LPI. El problema es que actualmente este tipo de delitos no son perseguidos por el Ministerio Público.

Quizás un fin disuasivo más adecuado se logre si es que se demanda estratégicamente a un tipo específico de usuarios, esto es, a quienes son los que comparten la mayoría de los archivos a través de la red P2P. De hecho, se estima que antes de la imposición de la medida prejudicial precautoria (*injunction*) a *Napster*, el 3% de los usuarios de ese programa compartían aproximadamente el 97% de los archivos de la red P2P.²⁹⁴ Se puede creer además que actualmente no existe la misma dificultad de identificar a este tipo de usuario de los demás, pues, por ejemplo, es normal apreciar en foros o páginas similares a *Pirate Bay* como estos usuarios ostentan su “calidad”.

4. Nuevos modelos de negocio

Si bien esta propuesta no es una solución de índole jurídica, la verdad es que incide directamente en cuanto al tema económico aquí propuesto. Santiago Piñeros Durán

²⁹⁴ LEMLEY, M y REESE, A. *Op. Cit.*, p 154

propone²⁹⁵ esta alternativa como “una solución diferente para los problemas de polaridad que vive hoy la industria del entretenimiento a nivel mundial; algunos buscan brindar alternativas a los artistas y compositores independientes para el licenciamiento, distribución y publicidad de sus productos, facilitando su flujo en la red y una mayor obtención de beneficios económicos”.²⁹⁶

Piñeros señala que existen actualmente dos formas muy populares de acceso a contenidos musicales (los que además abarcan las obras audiovisuales), como lo son el *streaming* o transmisión en simultáneo sin derecho a descarga, y la descarga directa desde un servidor. Estas dos formas configuran el modelo básico de negocio en Internet. Es cosa de pensar en los innumerables servicios que utilizan estos modelos, como *Itunes*, *Spotify*, *Netflix*²⁹⁷ entre otros, los que son ejemplos de servicios que destacan por su popularidad, en los que el usuario debe pagar un monto por el acceso a las obras, donde incluso se ofrecen versiones gratuitas sujetas a limitaciones, satisfaciendo así a millones de usuarios.

Es evidente que no se le puede exigir a los titulares de derechos que obligatoriamente exploten sus obras mediante estos mercados, pero tampoco se puede negar que actualmente muchas personas prefieren acceder a este tipo de programas que a los P2P. Esto puede explicarse en parte, en atención a que resulta mucho más atractivo en la actualidad para los consumidores acceder a plataformas que funcionen en base al

²⁹⁵ PIÑEROS, S. *Op. Cit.*, pp. 13-14.

²⁹⁶ *Ibid.*, p. 13.

²⁹⁷ De hecho, resulta imposible para el autor de este trabajo esconder el asombro que le causó ver hace días atrás un comercial desarrollado por la empresa Telefónica, en el cual se promocionaba el uso de *Napster* como programa de descarga directa de música para la telefonía celular. Para poder utilizar el programa, el afiliado a la compañía debía pagar una suma determinada (alrededor de \$ 3.000 mensuales), lo que le permitía acceder a descargas ilimitadas de música.

Streaming, pues ésta no necesita de la descarga directa para poder acceder a la obra, sino que mediante un solo *click* el consumidor puede disfrutar de aquella.

A esto hay que sumar el hecho de que los servicios de transmisión de datos de la telefonía móvil de tercera y cuarta generación (*3g* y *4g* respectivamente) permiten al usuario disfrutar de las obras de manera casi inmediata, al igual que el *wifi*. La idea es que los titulares de derechos ofrezcan comodidades que los operadores de programas P2P no pueden ofrecer, lo cual se traducirá finalmente en un beneficio para el consumidor.

Todos estos factores dan para pensar que en un futuro no muy lejano, la descarga directa de datos será algo obsoleto, donde el *Streaming* revolucionará el mercado (si es que ya no lo ha hecho). Por lo tanto, “[s]i bien los intercambios masivos de contenidos en la red se presentaron como verdugo del mercado de los formatos físicos, los nuevos modelos planteados por la industria, enfocados en forma adecuada, podrían tener la capacidad de proyectarse como los verdugos de los accesos ilegales a obras en la red”.²⁹⁸

Habrá que esperar a ver qué ocurre.

²⁹⁸ PIÑEROS, S. *Op. Cit.*, p. 14.

CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo consistió en determinar, por un lado, si es que los usuarios de un programa P2P cometen una infracción al derecho de autor y los derechos conexos cuando utilizan el respectivo programa para intercambiar archivos; y en caso de ser afirmativa la respuesta a dicha interrogante, determinar si aquella infracción es sancionable civilmente con el deber de reparar los daños ocasionados al titular de los derechos respectivos.

Por el otro lado, este trabajo también buscó resolver el problema sobre la posible infracción al derecho de autor y los derechos conexos en que puede incurrir el operador del programa P2P, al facilitar el mismo mediante su puesta a disposición al público en Internet; y si en caso de existir infracción, aquella es sancionable civilmente con la obligación de indemnizar los perjuicios al titular de derechos. Para poder resolver las preguntas planteadas, el trabajo se desarrolló de la siguiente manera, llegando a las conclusiones que se mencionarán:

- 1) En la primera parte de este trabajo se hizo una explicación de qué es una tecnología P2P desde el punto de vista informático. De igual forma, se desarrolló el problema legal que gira en torno a la utilización ilícita de aquella tecnología. Se concluyó que los titulares de derechos están en contra de la conducta desarrollada tanto por los usuarios de estos programas como la de los operadores, pues según ellos, la utilización de estos programas traería como consecuencia la materialización de miles de infracciones, lo que finalmente

se traduciría en pérdidas millonarias para la industria. En contra, se ha señalado que estos programas son un mecanismo relevante para la circulación de información en general, por lo que su existencia beneficia a una sociedad en desarrollo y democrática como la actual.

2) De igual forma, se comentaron diversos fallos de la jurisprudencia comparada. En base a estos fallos, se pudo concluir que el usuario que comparte y descarga archivos que contienen obras protegidas incurre en una actividad infractora; y que el operador del programa P2P actúa como intermediador, por lo que no comete la infracción de propia mano. Aún así, su conducta igualmente puede traer como consecuencia la imposición de sanciones civiles dependiendo la teoría adoptada. Para poder atribuir al operador del programa la infracción al *copyright* como intermediario, es indispensable determinar la arquitectura del programa P2P en cuestión.

3) Se analizaron los elementos de la responsabilidad extracontractual producto de la infracción al derecho de autor y los derechos conexos en el derecho nacional. Se identificó que el bien jurídico tutelado por la legislación nacional era la propiedad, pero bajo la óptica de una propiedad especial. Posteriormente, se hizo referencia a los elementos necesarios para que bajo la legislación nacional exista responsabilidad extracontractual por infracción al derecho de autor, haciendo especial referencia a la culpa y el daño.

Respecto de la culpa, se logró concluir que en la legislación nacional, la LPI contempla el régimen de la culpa infraccional, donde toda conducta contraria a este cuerpo legal da cuenta de una acción u omisión reprochable.

Sobre el daño, se apreció que acorde a la postura de la doctrina mayoritaria, la sola infracción al derecho de autor y los derechos conexos causa un daño que *per se* debe ser indemnizable, lo que es una postura que no está exenta de críticas, pero que no fueron objeto del presente trabajo. Así, los problemas que giran en torno al daño tendrían que ver, más que con la constatación del mismo, con la determinación de su extensión y la del monto indemnizatorio. Para esto, se apreció que la propia LPI contiene normativa especial aplicable, la cual permite con mayor facilidad determinar la indemnización que un demandado tiene que pagar.

4) Se desarrolló la temática que gira en torno a la responsabilidad extracontractual de los usuarios de programas P2P por intercambio de archivos que contienen obras protegidas mediante dichos programas, bajo la visión del derecho nacional. Se llegó a la conclusión de que el usuario que intercambia archivos por este tipo de programas, comete una infracción, la cual es sancionable civilmente. En efecto, el usuario que comparte archivos realiza un acto de puesta a disposición al público; y el usuario que descarga archivos realiza un acto de reproducción. Ambos actos requieren de la autorización del titular de los derechos, ya que de lo contrario, implicarían una infracción.

Esta conclusión es de igual manera aplicable a quien comparte un trozo de archivo bajo la modalidad denominada *swarming*, siendo igualmente reprochable su conducta. Si el usuario introduce un archivo en la carpeta de archivos compartidos, aparte de realizar un acto de puesta a disposición del público, estaría realizando una reproducción del mismo, por lo que si aquel archivo contiene una obra, deberá tener la autorización del titular de los derechos. Respecto del usuario que descarga un fragmento de archivo que

contiene una obra protegida, o que en caso de iniciar la descarga y que posteriormente es detenida, se concluyó que con esa conducta no cometía infracción, lo que se deduce tanto de criterios técnicos como jurídicos (sustancialidad del fragmento de la obra).

Respecto del daño ocasionado por la actividad infractora de los usuarios, se determinó que éste corresponde principalmente a un lucro cesante, pues existe una razonable probabilidad de que el usuario que descarga de manera ilícita y gratuita una obra deje de acceder de manera legal y onerosa a aquella en presencia de programas y redes P2P, lo que se traduce en una ganancia dejada de ser obtenida por el titular de los derechos respectivos. Este análisis no puede ser aplicado al usuario que se limita a compartir información, pues para aquel sólo puede entenderse que dejó de pagar la licencia de puesta a disposición del público de la obra respectiva, lo que se traduce de igual forma en un lucro cesante para el titular.

Sobre la causalidad como elemento de la responsabilidad, se determinó que la conducta negligente del usuario debe ser tenida como causa del lucro cesante experimentado por el titular de los derechos, independiente ante qué tipo de teoría se esté presente.

En lo referido a la evaluación del daño ocasionado por los usuarios de programas P2P que descargan, se propusieron dos mecanismos de evaluación de perjuicios respecto del daño cometido por este: En primer lugar, se puede asignar un valor concreto a cada archivo y multiplicarlo por el total de descargas efectuadas por el usuario, opción que deja de lado las conclusiones aportadas por los estudios estadísticos en cuanto a que es

imposible establecer una relación cierta entre la descarga de un archivo y el hecho de haber dejado de acceder legalmente a este mediante el pago de un precio. En segundo lugar, el mecanismo puede consistir en aplicar un criterio probabilístico y de carácter porcentual que se haga cargo de aquel razonamiento, donde finalmente el monto indemnizatorio por archivo descargado corresponderá a un porcentaje del valor mismo, y así sucesivamente.

Respecto de los usuarios que se limitan a compartir, se concluyó que el monto indemnizatorio ha de ser calculado en base al valor de la licencia que debía haber pagado el sujeto infractor al titular de los derechos, único criterio aplicable en este caso y que, como se ha dicho, es adoptado por la jurisprudencia nacional en situaciones distintas.

Se concluyó que, atendida la dificultad probatoria del daño ocasionado por un usuario que comparte y descarga miles de datos por un período de tiempo relativamente extenso, lo normal es que el demandante acuda al mecanismo de las indemnizaciones predeterminadas, que sólo requieren la prueba de la infracción. Aun así, la prueba de las infracciones puede resultar difícil.

Así, la conclusión general a la cual se puede arribar es que los usuarios de estos programas y redes incurren en una infracción a la LPI al compartir y descargar archivos que contienen obras protegidas. Dicha infracción es sancionable civilmente con el deber de reparar los perjuicios a los titulares de derechos.

Finalmente, se hizo referencia al problema de la identificación de los usuarios de estos programas. Aquel consiste en determinar a los individuos que cometen el ilícito es

los programas P2P, los cuales actúan de manera anónima, siendo sólo los ISP quienes pueden revelar la información necesaria para poder demandarlos. Lamentablemente en Chile aun no existen pronunciamientos respecto al deber de los ISP de facilitar estos datos de índole personal, pero hay autores que señalan que sólo los proveedores de alojamiento tendrían este deber y otros reacios a esa postura.

5) Se trató la temática referida a la responsabilidad extracontractual de los operadores de programas P2P por el hecho de facilitar una tecnología de uso dual, capaz de infringir el derecho de autor y los derechos conexos. Se apreció que existen opiniones muy diversas en la doctrina y jurisprudencia comparada en torno a si quien crea, facilita y explota uno de estos programas es responsable por el hecho de poner a disposición en Internet este tipo de programas.

Se concluyó que, en lo que respecta al derecho nacional, el operador de este tipo de programas debe responder bajo el régimen general de responsabilidad por culpa por el hecho propio; y que a la vez, su conducta debe ser analizada bajo las normas de participación contempladas por el CC y el CP, pues aquel no comete de propia mano las infracciones.

Respecto a la construcción del estándar de diligencia exigible al operador del programa, se concluyó que existen buenas razones para comprender que el mero hecho de facilitar el programa mediante su puesta a disposición no es una conducta reprochable, que implique necesariamente la participación del operador en la infracción de los usuarios. Este postulado asienta el deber de cuidado exigible a estos sujetos, pues en la

medida que realicen alguna conducta que busque incitar, facilitar u omitir tomar medidas para impedir la infracción cuando aquellas son factibles, el operador del programa dejará de obrar de manera pasiva y neutra, entendiendo que participa en la infracción, y siendo reprochable su conducta.

En lo referido a la forma de participación del operador del programa en la infracción de los usuarios, se concluyó que este intermediador podía constituirse como cómplice o inductor, lo que no obsta a que se aprecie alguna forma de participación distinta del mismo, en el entendido que el CP es regido por el principio de tipicidad, el cual no aplica al CC. Así, por un criterio de causalidad, el operador del programa P2P podría ser partícipe en la infracción en base a otras formas de participación distintas.

La forma de participación de los operadores de programas en la infracción puede ser determinada en base a ciertos elementos. En primer lugar, se desarrolló la hipótesis del que teniendo el conocimiento y la capacidad de control y vigilancia del artefacto o programa, omite tomar las medidas de control necesarias para impedir que se sigan cometiendo infracciones. Se llegó a la conclusión que sólo los programas de red P2P centralizada tenían el deber de efectuar estas medidas, siendo la omisión de aquellas una conducta negligente y que permite entender que estos intermediarios se comportan como cómplices o partícipes de la infracción.

En segundo lugar, se determinó que los operadores de programas podían comportarse como sujetos inductores a la infracción de los usuarios, en la medida que de su conducta se desprenda aquello.

En tercer lugar, se concluyó que es una conducta reprochable el lucrarse de una actividad infractora cuanto se es partícipe de la infracción. Esta hipótesis fue analizada desde la óptica del lucro que obtienen los operadores de programas por concepto de publicidad. Se llegó a la conclusión que surgen diversas dificultades en torno a este aspecto. Así, no queda claro si el hecho de obtener beneficios producto de una actividad de publicidad es un hecho reprochable, en la medida que aquella está asociada indirectamente a una actividad ilícita. Para ello se plantearon distintas posiciones, las cuales difieren unas de otras. De igual forma, existe el problema de determinar en qué proporción los ingresos son obtenidos producto de una actividad infractora, lo que es relevante a propósito de la regulación de la LPI sobre la determinación del monto indemnizatorio.

Por otro lado, no existe claridad en cuanto a si el hecho de facilitar un artefacto de usos duales, obteniendo a la vez una ganancia como consecuencia de la actividad infractora de quienes utilizan dicho artefacto, puede ser catalogado como una forma de participación reprochable en la infracción de los usuarios, aunque existen razones para entender que sí.

Finalmente, en lo que respecta al lucro, se buscó resolver la interrogante sobre la posible procedencia de la acción restitutoria del artículo 2316 del CC, referida al lucro obtenido del dolo ajeno, concluyéndose que existen algunos supuestos que hacen dificultosa su procedencia.

En cuarto lugar, se analizó si la omisión de medidas concretas y razonables que pudiesen ser adoptadas por el operador para disminuir o impedir la actividad infractora es una conducta reprochable, y que a la vez dicha omisión pueda hacer partícipe al operador como cómplice. Se llegó a la conclusión que existen serias dudas sobre la eficacia de las medidas de filtrado, y que hay muchos que consideran que son falseables y que no permiten al fin y al fin y al cabo filtrar los contenidos protegidos.

Así, se determinó que, en la medida que los expertos en el área de la informática consideren que dichas medidas son económica y técnicamente viables de implementar por el operador, y que si realmente tienen la aptitud de disminuir o impedir la circulación de materia protegido, el estándar de cuidado del buen padre de familia impondría el deber de aplicar estas medidas, so pena de ser tenido como partícipe de la infracción de los usuarios.

De igual forma, se examinó cómo las medidas de advertencia y catálogos de usos adecuados de programas serían recomendables para los operadores de programas P2P.

En quinto lugar, se estudió si las funciones del programa P2P pueden ser homologables a las realizadas por un proveedor de acceso a Internet y por un proveedor de servicios de búsqueda, para así eximir al operador del programa de las sanciones civiles. En otras palabras, se buscó determinar si un programa P2P cumple con las funciones propias de un ISP, y así valerse del puerto seguro establecido por la LPI. La respuesta a la que se llegó es negativa, pues la normativa de la LPI no estaría destinada a este tipo de programas.

En el supuesto que el operador de programas se comporte negligentemente, se entenderá que es partícipe en la infracción de los usuarios, por lo que el daño ocasionado por la totalidad de estos es atribuible a la conducta del operador. El problema finalmente pasa por determinar efectivamente el monto indemnizatorio, pues es imposible llegar a una suma concreta que represente cabalmente el lucro cesante experimentado por los titulares de derechos. Para esto, se mencionaron los diversos mecanismos de evaluación propuestos por la doctrina comparada, los cuales deben ser complementados con las disposiciones especiales contempladas por la LPI. Se concluyó, finalmente que, debido a la dificultad en materia probatoria del daño ocasionado por los operadores de programas, la opción de acudir a la vía de los daños predeterminados asoma como aconsejable, aunque igualmente presenta dificultades.

De igual forma, se logró determinar que la conducta negligente del operador del programa P2P sería la causa de todos los daños ocasionados por los usuarios, por lo que existiría solidaridad. Así, el demandante podría dirigirse contra el operador por el total de los daños, o contra cada usuario por el que ha cometido personalmente.

Así, se puede concluir finalmente que los operadores de programas P2P podrían ser partícipes de la infracción cometidas por los respectivos usuarios. La participación de los mismos va a depender de las circunstancias del caso, donde el daño cometido por los usuarios le sería imputable a los primeros.

6) Finalmente, se concluyó que los titulares de derechos no están en la mejor de las posiciones, pues estarían generando pérdidas y no existirían los incentivos ni los

mecanismos para lograr compensarlas. Esto en el entendido de que no es conveniente demandar a los usuarios individualmente (por regla general), y que acorde a la postura adoptada en este trabajo, tampoco el operador del programa deberá responder siempre, en la medida que actúe de manera diligente.

Así, se plantearon diversas soluciones que buscan lograr mitigar las pérdidas que sufren los titulares de derechos. Aquí se concluyó que aplicar una licencia sobre el programa podría ser una buena opción, la cual debería ser pagada tanto por el operador del mismo como por los usuarios al descargar el programa. Por otro lado, parece ser buena opción igualmente demandar de perjuicios a los usuarios que se encargan de intercambiar la mayor cantidad de archivos, pues podría generar algún efecto disuasivo.

Pero aun así, no parece mala opción que sean los mismo titulares de derechos quienes exploren nuevas alternativas de negocios, las cuales resulten más atractivas tanto para los consumidores como para los mismo titulares de derechos, pues al fin y al cabo, en eso consiste muchas veces el avance tecnológico.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. 1983. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago, Editorial Editores Ltda., 2da. Ed., 1 v.
2. ALESSANDRI RODRÍGUEZ. A. et al. R. 1998. Tratado de derecho Civil, Parte Preliminar y General. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2 v.
3. BARROS BOURIE, E. 2006. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 1230p.
4. CORRAL TALCIANI, H. 2003. Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 423p.
5. GARRIDO MONTT, M. 1984. Etapas de Ejecución de Delito. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 444 p.
6. GARROTE, I. 2005. La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual. Granada, Editorial Comares. 327p.
7. LESSIG, L. 2004. How Big Media uses Technology and the Law to Lock down Culture and Control Creativity. Nueva York, The Penguin Press. 346p.
8. POLITOFF, S. y MATTUS, J.P. 2003. Lecciones de Derecho Penal Chileno. 2° Ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2 v.
9. RODRÍGUEZ, P. 1999. Responsabilidad Extracontractual. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 505 p.

10. SÁNCHEZ ARISTI, R. 2007. El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer. Madrid, Instituto de Derecho de Autor. 255p.
11. WALKER ECHENIQUE. E. 2014. Manual de Propiedad Intelectual. Santiago, Editorial Legal Publishing. 370p.

REVISTAS

12. BARKER, J. 2004. Grossly Excessive Penalties in the Battle Against Illegal File-Sharing: The Troubling Effects of Aggregating Minimum Statutory Damages for Copyright Infringement. *Revista de Derecho de Texas* 83 (2):525-559.
13. BARRIENTOS, M. 2008. El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial. *Revista Ius et Praxis* 14 (1):123-143.
14. BROWN M. D., et al., 2005. Secondary Liability for Inducing Copyright Infringement after MGM v. Grokster: Infringement Prevention and Product Design. *Journal of Internet Law* 9 (6):21-32.
15. CALDEVILLA, D. 2009. Las redes P2P y las radios 2.0: un proyecto de red social con un marco ético. *Revista científica electrónica de Educación y Comunicación en la Sociedad del Conocimiento* (8):1-28.
16. CASTELLANOS, C. 2009. Responsabilidad extracontractual de los ISP por las infracciones que sus proveedores de contenidos cometen contra el derecho de autor y los derechos conexos de terceras personas en Colombia (6):132-185.
17. CAREY CLARO, G. y RODRÍGUEZ BURR, M. 2005. Sistemas de transferencia de música por redes P2P. *Revista chilena de derecho informático*(6):43-60.
18. CERDA, A. 2014. Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (42): 121 – 148.

19. CORDÓN-GARCÍA, J.A. et al. 2011. Libros electrónicos: oferta comercial y redes p2p. *Revista El profesional de la información* 20 (2):149-158.
20. DE LA MAZA, I. 2004. Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet por infracción de los derechos de autor. *Revista Cuadernos de Análisis Jurídicos, Colección de Derecho Privado, temas de responsabilidad civil* (1):33-64.
21. DÍAZ, V. 2008. La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial. *Anuario de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)* (1):15-44.
22. GANLEY, P. 2006. Surviving Grokster: innovation and the future of peer-to-peer. *European Intellectual Property Review* 28(15):1-18.
23. GIL, A. y MARTÍNEZ, C. 2009. Sobre la tipicidad de la conducta de colgar en la red una obra protegida con ánimo comercial y la atipicidad de su descarga a pesar de su ilicitud. *Revista para el análisis del Derecho* (2):1-35.
24. GRUNEWALDT, A. 2008. La infracción a los Derechos de Autor y Conexos por medios tecnológicos: tratamiento penal a la luz de la ley chilena. *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae* (12):239-382.
25. GRUNEWALDT, A. 2013. Delitos contra los derechos de autor en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 2 (2):95-163.
26. HOGBERG S.K. 2006. The Search for Intent-Based Doctrines of Secondary Liability in Copyright Law. *Revista de Derecho de Columbia* 106 (4):909-958.
27. LEÓN, E. y VARELA, E. 2009. Antinomia entre la protección a los autores y derecho a la privacidad por la batalla legal contra las tecnologías P2P. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 39 (111):203-225.
28. PLATA LÓPEZ, L. 2010. El concepto de conducta como elemento indispensable en la Responsabilidad Civil por Infracciones al Derecho de Autor. *Revista de Derecho Universidad del Norte (Colombia)*. (34):79-115.

29. RIBERA, B. 2009. La infracción de derechos de autor a través de los sistemas *peer to peer* y *peer to mail*. Revista Iberoamericana de Derecho de Autor 3 (25):38-61.
30. RÍOS RUIZ, W. 2008. Ciberpiratería - Sistemas peer to peer (p2p). Análisis de las sentencias en los casos Napster, Grokster, Morpheus, Streamcast y Kaza. Zer – Revista Universidad Externado de Colombia (12):59-86.
31. RODRÍGUEZ, L. 2010. Las redes de intercambio de archivos P2P y las páginas con enlaces a ellas. Legalidad y valoración tras una década de siglo XXI a partir de la sentencia n° 67/10 del Juzgado de lo Mercantil n°7 de La Coruña. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña (143): 931-938
32. SANDULI, F. y BARBERO, S. 2005. El usuario y el proveedor digital: el “reparto musical” en las redes P2P. Zer– Revista de Estudios de Comunicación 10(18):105-121.
33. XALABARDER, R. 2007. La responsabilidad de los prestadores de servicios de internet (ISP) por infracciones de propiedad intelectual cometidas por sus usuarios. Revista iberoamericana de derecho de autor (2):54-75.

PAGINAS DE INTERNET

- 34 ECURED. Nodo. 2012. [en línea] <http://www.ecured.cu/index.php/Nodo> [consulta: 03 noviembre 2014].
- 35 MASTERMAGAZINE. Definición de nodo. 2012. [en línea] <http://www.mastermagazine.info/termino/6103.php#ixzz2AR8hmH3u>. [consulta: 03 septiembre 2012].
- 36 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Significado de difusión [en línea] <http://lema.rae.es/drae/?val=DIFUSI%C3%93N> [consulta: 03 octubre 2014].

CONGRESOS

37. AIBAR, E. y ARES, J. 2010. Un análisis socio-histórico de la controversia en torno a las redes P2P para el intercambio de música e imágenes. En: X CONGRESO ESPAÑOL de Sociología. Sociología y sociedad en España: hace treinta años, dentro de treinta años: 1-3 de julio de 2010. Pamplona, Federación Española de Sociología (FES).
38. FATUROTÍ, B. 2014. A tale of two rights: Mediating between p2p owners and digital copyright holders. En: X CONGRESO INTERNACIONAL Internet, Derecho y Política: 4 y 5 de julio 2014. Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, pp. 97-117,

LEYES NACIONALES

39. CHILE. Ministerio de Justicia. 2874. Código Penal chileno. 12 noviembre 1874 [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 25 junio 2014].
40. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1970. Ley de Propiedad Intelectual. 28 agosto 1970. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&r=3>> [consulta: 25 junio 2014].
41. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil chileno. 16 mayo 2000 [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986>> [consulta: 25 junio 2014].
42. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile. 17 septiembre 2005 [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> [consulta: 25 junio 2014].
43. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. Ley de Propiedad Intelectual. 28 agosto 1970. [En línea] <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1984>> [consulta: 16 octubre 2014]

LEYES EXTRANJERAS

44. AUSTRALIA. S-I. 1968. Copyright Act australiana, Sección 36, 1968 (S-I). [En línea] <http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca1968133/> [consulta: 28 octubre 2014]
45. CANADÁ. Congreso de Canadá. 1921. Copyright Act canadiense, sección 80 número 1. S-I, 1921. [en línea] <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-42/Index.html>> [consulta: 3 OCTUBRE 2014]
45. ESPAÑA. Ministerio de Cultura. 1996. Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, 12 abril 1996. [en línea] < http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-1996.html> [consulta: 15 OCTUBRE 2014]
46. ESTADOS UNIDOS. Congreso de Estados Unidos. 1947. U.S. Copyright Law, Title 17, sección 506 número 3. 30 julio 1947. [En línea] < <http://www.law.cornell.edu/uscode/text/17>> [consulta: 16 octubre 2014]
48. ESTADOS UNIDOS. Delegados de la Convención de Filadelfia. 1787. Constitución de los Estados Unidos, sección octava, 17 septiembre 1787. [En línea] <<http://www.hacer.org/pdf/Constitucion.pdf>> [consulta: 16 octubre 2014]

FALLOS NACIONALES

49. ORLANDO FUENTES SIADE con ENTEL S.A. 06 de diciembre de 1999. Iltma. Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 243-99
50. SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR con SOCIEDAD HOTELERA VALLE DEL ENCANTO LIMITADA. 2004 (S-I). 2do. Juzgado de Letras de Ovalle. ROL N° 403-04.
51. SOCIEDAD CHILENA DERECHO DE AUTOR Con HENRIQUEZ CORREA DULIA. 05 de abril de 2010. Excma. Corte Suprema, Tercera Sala. Rol N° 5.257-2008.

FALLOS EXTRANJEROS

52. A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. 26 julio 2000. Tribunal de Distrito del Norte de California, Estados Unidos. 114 F. Supp. 2d. 896.
53. A&M RECORDS INC. ET AL. v. NAPSTER INC. 12 febrero 2001. Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. 239 F.3d 1004
54. INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA v. VERIZON INTERNET SERVICES. 19 de diciembre de 2003. Corte de apelación del Distrito de Columbia, Estados Unidos. 351 F.3d 1229.
55. K-BEECH, INC. v. JOHN DOES. 01 de mayo de 2012. Tribunal de Distrito del Este de Nueva York, Estados Unidos. CV 11-3995.
56. METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. 25 abril 2003. Tribunal de Distrito del Centro de California, Estados Unidos. 259 F. Supp. 2d 1029.
57. METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. 19 agosto 2004. Corte de Apelación del Noveno Circuito, Estados Unidos. 380 F.3d 1154.
58. METRO-GOLDWYN-MAYER STUDIOS INC. ET AL. VS GROKSTER LTD. ET. AL. 27 junio 2005. Corte Suprema, Estados Unidos. 545 U.S. 913.
59. PRODUCTORES DE MÚSICA DE ESPAÑA (PROMUSICAE) con TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. 29 de enero 2008. Sentencia del Tribunal de Justicia (gran sala) de las Comunidades Europeas. Número causa C-275/06.
60. RELIGIOUS TECHNOLOGY CENTER v. NETCOM ON-LINE COMMUNICATION SERVICES, INC. 21 de noviembre de 1995. Tribunal de Distrito del Norte de California, Estados Unidos. 907 F. Supp. 1361.

61. RODRÍGUEZ, MARÍA BELÉN CON GOOGLE INC. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS. 28 de octubre 2014. Sentencia la Corte Suprema, Argentina. R. 522. XLIX.
62. SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. 09 marzo 2010. Juzgado de lo Mercantil N°7, Barcelona. Sentencia N° 67/10.
63. SOCIEDAD GENERAL DE AUTORES Y EDITORES (SGAE) con JESÚS GUERRA CALDERÓN. 24 febrero 2011. Sección 15° de la Audiencia Provincial de la ciudad de Barcelona. Sentencia N° 82/2011.
64. SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. 2 octubre 1979. Tribunal del Distrito Central de California, Estados Unidos. 480 F. Supp. 429.
65. SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. 19 octubre 1981. Corte de Apelación del Noveno Circuito, Estados Unidos. 659 F. 2d 963.
66. SONY CORP. OF AMER. v. UNIVERSAL CITY STUDIOS, INC. 17 enero 1984. Corte Suprema, Estados Unidos. 464 U.S. 417.
67. UNIVERSAL MUSIC AUSTRALIA PTY LTD. & ORS v. SHARMAN LICENSE HOLDING LTD. & ORS. 05 septiembre 2005. Corte Federal de la ciudad de Sidney, Australia. [2005] FCA 1242.

TEXTOS ELECTRÓNICOS

68. DE LEÓN GUEVARA, C. 2001. La música en la Internet: una perspectiva legal [en línea] <<http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/2001Vol40/La%20musica%20en%20la%20Internet.pdf>> [consulta: 05 abril 2014].
69. Electronic Frontier Foundation. 2008. RIAA v. The People: Five Years Later [en línea] <<https://www.eff.org/wp/riaa-v-people-five-years-later>> [consulta: 24 septiembre2014].

70. GONZÁLEZ, M. La Responsabilidad Jurídica Derivada de la Distribución de Obras a través de Programas P2P y Stream Channels [en línea] <<http://www.abogadoraulgonzalez.com/images/stories/Prop-Int/Resp-%20Jca%20Der-Dist-O-Prog-P2P-Stream-Ch-%28CNR%29.pdf>> [consulta: 30 septiembre 2014].
71. KLINKER, E. BitTorrent's 10th Anniversary & The Internet We Build Next. 2014. [en línea] <<http://blog.bittorrent.com/2014/09/22/bittorrents-10th-anniversary-the-internet-we-build-next/>> [consulta: 23 septiembre 2014].
72. MAHÚ, J. ilícitos Civiles y Penales en materia de Derechos de Autor. Medidas Cautelares. [en línea] <http://www.scdbeta.scd.cl/curso_prop_int/curso_1/Ilicitos%20civiles%20y%20penales.pdf> [consulta: 05 septiembre 2014].
73. OPPENHEIMER, M. 2005. Yours for Keeps: MGM v. Grokster [en línea] <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693841> [consulta: 08 agosto 2014].
74. SÁNCHEZ IREGUI, F. 2003. Sistemas peer to peer para el intercambio de música en Internet. De la ilegalidad de Napster a la legalidad de Kazaa, Grokster, Gnutella y Streamcast [en línea] <http://www.ewnesslaw.com/documents/MUSICAENINTERNET_001.pdf> [consulta: 15 agosto 2014].
75. VON LOHMANN, F. 2003. Peer-to-Peer File Sharing and Copyright Law: A Primer for Developers [en línea] <http://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-540-45172-3_10#page-1> [consulta: 20 octubre 2014].

ARTÍCULOS DE PUBLICACIONES SERIADAS ELECTRÓNICAS.

76. GINSBURG, J. y RICKETSON, S. 2006. Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling. [en línea] Legal Studies Research Paper No. 144 <http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1022&context=columbia_pllt> [consulta: 10 septiembre 2014].

77. LEMLEY, M y REESE, A. Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation. [en línea] Stanford Law Review, Vol. 56, p. 1345, 2004; UC Berkeley Public Law Research Paper No. 525662; U of Texas Law, Public Law Research Paper No. 63; U of Texas Law and Econ Research Paper No. 025 <<http://ssrn.com/abstract=525662>> [consulta: 29 octubre 2014].
78. YEH, B. 2010. Statutory Damage Awards in Peer-to-Peer File Sharing Cases Involving Copyrighted Sound Recordings: Recent Legal Developments. [en línea] Congressional Research Service 7-5700 <http://ipmall.info/hosted_resources/crs/R41415_100916.pdf> [consulta: 22 octubre 2014].
79. ZIMMERMAN, D. 2005. Daddy, are We There Yet? Lost in Grokster-Land. [en línea] New York University Journal of Legislation and Public Policy, Forthcoming; NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-21<<http://ssrn.com/abstract=826064>> [consulta: 27 octubre 2014].

ARTÍCULOS DE PERIÓDICOS ELECTRÓNICOS

80. EL DÍNAMO. 2013. Lanzan nueva campaña para enfrentar la descarga ilegal de música en Chile. [en línea] El Dínamo en Internet. 21 de junio, 2013. <<http://www.eldinamo.cl/2013/06/21/lanzan-nueva-campana-para-enfrentar-la-descarga-ilegal-de-musica-en-chile/>> [consulta: 22 septiembre 2014].
81. HEINGARTNER, D. 2004. Software Piracy Is in Resurgence, With New Safeguards Eroded by File-Sharing. [en línea] The New York Times en Internet. 19 de enero, 2004. <<http://www.nytimes.com/2004/01/19/business/software-piracy-is-in-resurgence-with-new-safeguards-eroded-by-file-sharing.html?src=pm&pagewanted=2>> [consulta: 22 septiembre 2014].

TESIS

82. LETAI, P. 2012. Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet, 2012). Tesis doctoral. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho. 487p.

83. VÁSQUEZ V., M. A. 2008. Responsabilidad de Intermediarios y Prestadores de Servicios en Internet. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 108p.
84. WALKER, E. 2007. Responsabilidad Extracontractual en el Derecho de Autor: Referencias específicas a las redes digitales. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 127p.

INFORMES Y ESTUDIOS

85. AGUIAR, L. y MARTNES, B. 2013. Digital Music Consumption on the Internet: Evidence from Clickstream Data [en línea] <<http://ftp.jrc.es/EURdoc/JRC79605.pdf> > [consulta: 22 octubre 2014].
86. BASTARD, I. et al. 2007. L'impact du Piratagesurl'Achatet leTéléchargement Legal:uneComparaison de QuatreFilièresCulturelles [en línea] <http://panic.wp.mines-telecom.fr/files/2012/04/Piratage4filières_06avril2012.pdf> [consulta: 22 octubre 2014].
87. HERRERA-USAGRE, M. 2011. El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos. El caso de España [en línea] <<http://www.raco.cat/index.php/Papers/article/viewFile/259114/346405>> [consulta: 12 octubre 2014].
88. Oberholzer-Gee, F. y Strumpf, K. 2007. The Effect of File Sharing on Record Sales: An Empirical Analysis [en línea] <<http://www.programascomputo.com.mx/evp26.htm> com.mx> [consulta: 22 octubre 2014].
89. OECD. OECD Information Technology Outlook 2004. Peer to peer networks in OECD countries. [en línea] <<http://www.oecd.org/internet/ieconomy/32927686.pdf> > [consulta: 01 agosto 2014].

90. STRUMPF, K. 2014. Using Markets to Measure the Impact of File Sharing on Movie Revenues [en línea] <http://autoblog.suunitsu.eu/autoblogs/wwwnumeramacom_ab7091c323dbb7e93cae510f0807f67ce408eee8/media/dd27682e.Strumpf.pdf > [consulta: 22 octubre 2014].