



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Procesal

TELEVISIÓN SATELITAL: ANÁLISIS EN CHILE DE LOS
DECODIFICADORES FTA ADULTERADOS ANTE EL
DERECHO Y LA POSTURA INTERNACIONAL.

**Memoria para optar al Grado Académico de Licenciado
en Ciencias Jurídicas y Sociales**

CARLOS ALBERTO ELGUETA SOTO

VALENTINA ANDREA NOVOA HALES

Profesor Guía: Salvador Millaleo Hernández

Santiago, Chile

2015

INDICE

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES. TELEVISIÓN SATELITAL Y FTA.....	9
1.1 Que es la televisión satelital.	9
1.2 Cómo funciona la televisión satelital.....	11
1.3 Decodificador FTA y su funcionamiento.	13
1.4 Formas de adulteración de los decodificadores FTA.....	16
1.4.1 Alteración vía software o “emulación de smartcard”.....	17
1.4.2 Alteración vía SKS.	20
1.4.3 Alteración vía IKS.	22
1.5 Ilícitos involucrados en la alteración de decodificadores FTA.....	25
CAPÍTULO II: REGÍMENES JURÍDICOS NACIONALES VULNERADOS	27
2.1 Introducción al capítulo.-	27
2.2 Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168.....	28
a) Contexto y promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones.....	28
2.2.1 Delito especial de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168: De la interceptación de las telecomunicaciones.-	32
a) Artículo 36 B letra b) de la Ley General de Telecomunicaciones.-.....	32
b) Análisis de los elementos de la Teoría del Delito presentes en la letra b) del artículo 36 B de la LGT.	35
b.1 De la Tipicidad.....	35
b.2 Del objeto no material de la conducta típica.	38
2.3 Infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual.-	39
a) De la propiedad intelectual.-	39
b) Del derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías.-	42
c) Marco normativo de la propiedad intelectual.-.....	43
d) Derechos relativos a programas computacionales reconocidos en la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual.	46

e) Delito contemplado en el artículo 79 letra a) de la Ley de Propiedad Intelectual.
49

2.4 Conclusiones del capítulo.-	53
CAPÍTULO III: DERECHO COMPARADO Y SUS SOLUCIONES.	55
Análisis de la normativa y jurisprudencia en Uruguay.....	60
3.1.1. Ley N° 17.520 “Uso indebido de señales destinadas a ser recibidas en régimen de suscripción”.....	61
3.1.2. Ley N° 9.739 “Ley de derecho de autor”.	67
3.1.3. Jurisprudencia y medidas judiciales adoptadas.	70
a) Sentencia N° 1320/2011 del Tribunal de Apelaciones Penal 3° T°.	70
b) Sentencia N° 282/2005 del Tribunal de Apelaciones Penal 1° T°.	72
c) Incautaciones obtenidas por NAGRAVISIÓN.	73
d) En cuanto a la mercadería en tránsito.....	75
3.1.4. Conclusiones.	76
3.2 Análisis de la normativa y jurisprudencia en Estados Unidos.	78
3.2.1. Wiretap Act o Electronic Communications Privacy Act.	80
3.2.2. Communications Act.	81
3.2.3. Digital Millennium Copyright Act.....	83
3.2.4. Jurisprudencia	86
a) Dish Network Corporation.	87
a.1) Dish Network v. Panarex, Inc.	88
a.2) Dish Network v. Freetech, Inc.....	92
a.3) Dish Network v. Sonicview USA, Inc.	95
a.4) Dish Network v. Robert Ward.	98
b) DirecTV, Inc.....	101
b.1) DirecTV, Inc. v. Scott Webb.....	102
b.2) DirecTV, Inc. v. David Barczewski	104
3.2.5. Conclusiones.	106

3.3 Análisis de la normativa y jurisprudencia en Canadá.....	108
3.3.1. Canadian Radiocommunication Act.	110
3.3.2. Canadian Criminal Code.....	113
3.3.3 Jurisprudencia	116
a) Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex.....	116
b) DirecTV, Inc. v. Daryl Gray.....	118
c) Her Majesty The Queen v. Jacques D'Argy.....	122
3.3.4. Conclusiones.	124
3.4 Análisis de la normativa y jurisprudencia en España.	126
3.4.1 Código Penal de España.	126
3.4.2 Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.....	136
3.4.3 Jurisprudencia	138
a) Sentencia Roj SJP 32/2005 Juzgado de lo Penal Palma de Mallorca.....	138
b) Sentencia Roj SAP A 4850/2011 Audiencia Provincial de Alicante.....	141
c) Sentencia Roj SAP AV 475/2010 Audiencia Provincial de Ávila.	144
d) Sentencia SJPII 1/2003 Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Carballo.....	146
3.4.4. Conclusiones.	147
3.5. Tabla comparativa.....	150
CAPÍTULO IV: ELABORACIÓN DE PROPUESTAS PARA UNA NUEVA INICIATIVA LEGISLATIVA.....	162
4.1 Hechos relevantes en torno a la problemática planteada que dan cuenta de la necesidad de regular el vacío que existe en estas materias.-	162
4.1.1. El apagón de los decodificadores piratas realizado en octubre de 2012.	162
4.1.2. Incautación de los decodificadores adulterados realizados con fecha 13 de octubre de 2011 en la Zona Franca de Iquique.....	165
4.2 Análisis preliminar.....	166
4.2.1. Formas de adulteración y su protección en nuestro país.	167
4.2.2. Proyecto de ley en tramitación.....	171

4.3 Elaboración de propuestas	175
CONCLUSIÓN.....	182
BIBLIOGRAFÍA.....	186

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la tecnología avanza a pasos agigantados, influyendo directamente en el campo de las telecomunicaciones¹, entre los que se encuentran la radio, televisión, internet, etc. La situación antes descrita, ha traído problemáticas respecto del marco normativo que rige el ámbito de las telecomunicaciones, debido a que este no evoluciona a la misma velocidad que la tecnología utilizada para estas, no pudiendo en muchos casos sancionar de la forma correcta los ilícitos que se cometen.

En el presente trabajo nos enfocaremos en la televisión satelital, atendiendo a las numerosas controversias que se han ido generando en este campo en el último tiempo, debido a la fuerte explosión de las adulteraciones que se realizan a los decodificadores FTA tanto en el mundo como en nuestro país. Esta situación afecta directamente el mercado de la televisión satelital de pago, específicamente a los operadores de televisión satelital, a los dueños de los programas de encriptación, y a los canales de televisión, entre otros.

¹ Aquel conformado por aquellas formas de comunicación que el ser humano ha ido creando a través del tiempo para facilitar la transmisión de información y mantenerse comunicados.

Esta problemática en Chile no ha sido tratada por la doctrina nacional ni regulada en el ámbito legal, sin embargo en los últimos años ha creado un fuerte impacto, toda vez que ha aumentado de forma considerable la adulteración de los decodificadores FTA en nuestro país, debido a que los usuarios mediante esta acción ven una forma más económica de acceder a la televisión satelital de pago, ya sea por un único pago del servicio o bien por una cuota mensual muy inferior a la que establecen los operadores de televisión satelital, siendo esta la importancia de la investigación aquí desarrollada.

La hipótesis que nos hemos planteado para el presente trabajo de investigación, es que Chile no cuenta con una normativa idónea para enfrentar la adulteración de los decodificadores FTA, dejando sin herramientas legales a los operadores de televisión satelital o a quien le interese la persecución de esta actividad.

En este sentido, nuestro objetivo general será analizar la normativa actual que posee nuestro país y determinar las consecuencias legales de adulterar un decodificador FTA a la luz de las diferentes áreas del derecho nacional. A su vez se realizará una investigación y análisis profundo sobre cómo se combate esta problemática a nivel internacional y en determinados países.

Durante el presente trabajo, en un primer capítulo desarrollaremos de forma extensiva la televisión satelital y sus formas de distribución, para luego explicar

los diferentes modos de adulteración de los decodificadores FTA, siendo estos la clonación de la *smartcard*, la adulteración vía SKS y por último vía IKS.

En un segundo capítulo determinaremos el marco de vulneración de la Ley de Telecomunicaciones, además de realizar un análisis de la problemática planteada a la luz de las distintas áreas del derecho que puedan verse afectadas por estas prácticas.

El tercer capítulo se centrará en el análisis comparativo respecto de la normativa y jurisprudencia de los países de Uruguay, Estados Unidos, Canadá y España. Con lo anterior, se busca saber cómo se encuentra Chile a nivel internacional para enfrentar la adulteración de los aparatos.

Por último, en un cuarto capítulo analizaremos un proyecto de ley que aún no ve la luz, y a su vez buscaremos generar nuevas propuestas para mejorar la legislación actual.

En el desarrollo de la presente investigación, utilizaremos una metodología de carácter dogmático jurídico, consistente en un análisis del derecho nacional y comparado, tanto su doctrina como jurisprudencia, ante el problema de la adulteración de los decodificadores FTA.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES. TELEVISIÓN SATELITAL Y FTA.

1.1 Que es la televisión satelital.

Hoy en día existen diferentes tipos de difusión de las señales televisivas gracias al avance de la tecnología, siendo el primero de estos métodos el de difusión analógica, es decir por medio del aire siendo captada por antenas del tipo analógicas; otras formas de distribución se fueron creando y masificando gracias a los avances de la tecnología como la difusión digital, terrestre, por cable, IP y la televisión satelital, siendo esta última la que nos importa para el desarrollo del presente trabajo.

La televisión satelital se inició posterior al momento en que se empezaron a poner satélites en órbita, y es que “desde el lanzamiento del primer satélite han ido surgiendo varios acontecimientos importantes desde el punto de la televisión por satélite, como por ejemplo la emisión de la primera señal de televisión, el año 1962, utilizando el satélite Telstar 1 o el lanzamiento del

primer satélite de radiodifusión directa (DBS), el Ekran, pensado para la recepción de señal de televisión a casa.”²

No existe una definición de televisión satelital, pero si podríamos definir la televisión satelital –de forma muy general- como aquel medio de difusión televisiva por el medio del cual la señal emitida desde un punto terrestre es enviada a un satélite el cual retransmite la señal a otra área dentro del alcance de este satélite.

Existen dos tipos de señales que pueden ser transmitidas por la televisión satelital, aquellas que son libre de pago y aquellas que son de pago. Para captar ambas señales se necesita de ciertos elementos, los cuales son una antena parabólica, un cable coaxial y un decodificador.

Se deben hacer ciertas distinciones entre las señales libre de pago y las de pago, siendo las siguientes:

1. Tabla sobre las diferencias entre la Televisión de libre y de pago³.

LIBRE	DE PAGO
Canales de transmisión gratuita	Canales de transmisión restringida por el proveedor

² ENCICLOPEDIA DE CONTENIDO LIBRE WIKIPEDIA. Televisión por satélite. <http://es.wikipedia.org/wiki/Televisi%C3%B3n_por_sat%C3%A9lite> [consulta: 20 de enero del año 2013].

³ Tabla comparativa de elaboración propia.

Se pueden ver solo algunos canales	Se pueden ver todos los canales (según plan contratado)
Decodificador sin software de descryptación	Decodificador con software de descryptación
Se necesita solo antena parabólica, decodificador FTA y cable coaxial	Se necesita antena parabólica, cable coaxial, y un decodificador con <i>software</i> y tarjeta <i>smart card</i>
No se debe cancelar monto alguno para acceder a esta señal	Se debe cancelar un monto al proveedor del servicio para acceder a esta señal

Dentro de estas diferencias, las más importante para este trabajo son el uso de un decodificador con software de descryptación y una tarjeta *smart card*, importancia que será descrita más adelante.

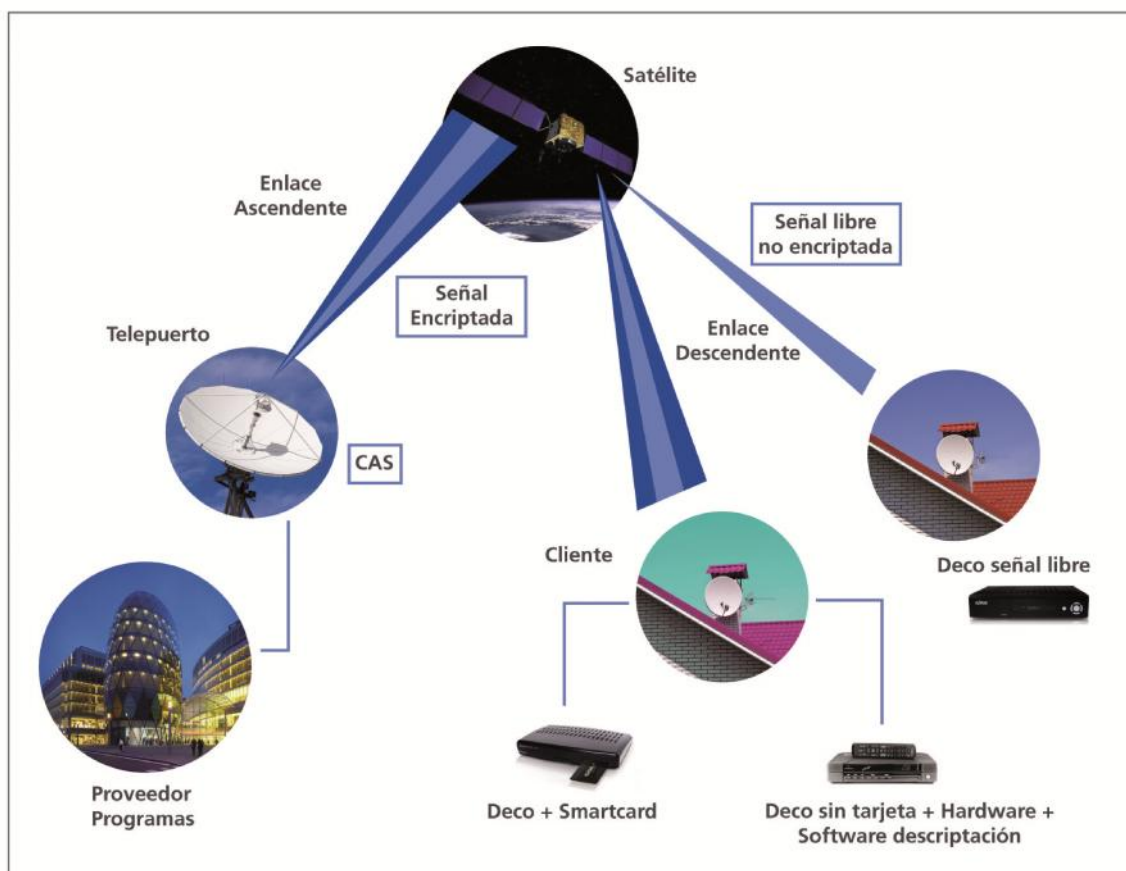
1.2 Cómo funciona la televisión satelital.

En el punto anterior dimos una definición de televisión satelital que nos da una idea del funcionamiento de este tipo de distribución de televisión, esta consiste en que los proveedores de la programación envían la señal no encriptada o encriptada –en el caso de la televisión paga- al satélite de transmisión, este satélite se encarga de retransmitir la señal recibida a los diferentes lugares que cuenten con el equipamiento necesario para su recepción, lo cual permite llegar a diferentes lugares de difícil acceso por la geografía del terreno, lo único que se debe hacer es posicionar la antena

parabólica en dirección a este satélite, de esa forma poder recibir la transmisión de la señal.

A continuación un diagrama de lo que se expone:

2. Diagrama sobre el funcionamiento de la televisión satelital⁴.



⁴ Diagrama de elaboración propia creado en base al funcionamiento descrito en el presente trabajo.

Es la última etapa –la de recepción- la que tiene mayor relevancia para nuestro trabajo, toda vez que para recibir la señal encriptada⁵ sin pagar a un proveedor, se debe adulterar el decodificador que se tiene, situación que se explicará a continuación.

1.3 Decodificador FTA y su funcionamiento.

Luego de explicar que es la televisión satelital y su funcionamiento, debemos explicar que son los decodificadores FTA (*free to air*) y su importancia dentro del conflicto actual entre los programadores/proveedores, operadores de televisión y los piratas que adulteran estos decodificadores para poder captar señales de pago encriptadas.

Para poder captar las señales de la televisión satelital como bien dijimos, se debe contar con los siguientes elementos:

- Antena parabólica con un LNB (*Low Noise Block*) o foco.
- Cable coaxial (desde la antena al decodificador)

⁵ La señal por lo general se encuentra codificada bajo la norma DVB-S, es decir que el video y el audio se encuentran comprimidos bajo el formato MPEG2, esto bajo el formato ya sea NTSC o PAL.

- Decodificador

La antena parabólica usada para la televisión satelital es de tipo *offset* –que el punto focal se encuentra a un lado de la superficie-, es de forma ovalada cóncava, siendo su distinción de las otras antenas la ubicación del foco o LNB, el cual se encuentra fuera del plato ovalado, teniendo un mayor rendimiento en la recepción de las señales, ya que la mayoría de la señal reflejada por el plato va directamente al foco sin que este último se interponga entre estas, tal como se puede apreciar en la siguiente imagen:

3. **Tipo de antena parabólica usada en la recepción de televisión satelital⁶.**



⁶ Diagrama elaborado en base a imagen de antena parabólica extraída de página web [<http://www.freecom.com.py/wp-content/uploads/Antena-Parabolica-60-y-90-cm1.jpg>]

La antena y el decodificador están conectados por medio de un cable coaxial, el cual se encarga de transportar las señales captadas por la antena en su foco hasta el decodificador, es en ese momento en que el decodificador entra en uso. Recibida la señal por el decodificador este transforma la señal en una de tipo analógica para que pueda ser proyectada en la televisión, completándose de esta forma el proceso.

Un punto importante a distinguir es el tipo de la señal captada, toda vez que como señalamos anteriormente se encuentran las señales libres y de pago, en este último caso el decodificador debe contar con una *smartcard* y un *software*, con los cuales permitirá descifrar las señales de pago que estén autorizadas.

Con esto podemos distinguir tres tipos de decodificadores: a) FTA o aquellos que captan las señales de libre transmisión; b) los que cuentan con *smartcard* y el software especial con los cuales se pueden ver canales de pago y que son entregados por el proveedor de televisión satelital; c) y los decodificadores FTA adulterados, los cuales pueden tener diferentes tipos de adulteración para poder descifrar la señal, con lo cual podrán captar las señales de pago sin tener un contrato de por medio entre el usuario y el proveedor de televisión paga.

1.4 Formas de adulteración de los decodificadores FTA

“El sistema FREE TO AIR (FTA, o Libre-al-Aire) es un sistema de emisiones satelitales no cifradas de radio y televisión (*not encrypted broadcast*) y que pueden ser transmitidas directamente a través de difusión satelital o bien mediante las bandas comúnmente utilizadas para la teledifusión (VHF y UHF)”⁷.

Los decodificadores FTA solo pueden captar señales transmitidas de libre acceso, por lo cual al comprar un decodificador de este tipo no se comete ilícito alguno, toda vez que aquellas señales de libre pago pueden ser captadas por estos aparatos, pero surgen dudas respecto de la mayoría de estos decodificadores que se comercian en nuestro país, ya que si bien de fabrica solo pueden captar señales de tipo FTA, estos tienen componentes que no son propios de un decodificador FTA común y corriente, puesto que se le han agregado componentes como salida HD (*high definition*) para el televisor, puertos USB, puertos de red Ethernet, doble entrada de antena por medio de cable coaxial, un chip en su interior e inclusive los más modernos equipos incluyen wi-fi integrado, elementos totalmente innecesarios para captar señales de tipo FTA y totalmente necesarias para que posteriormente a la adulteración

⁷ CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL ACCESO A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN DE AMÉRICA LATINA. 2012. Piratería un flagelo combatible. [en línea]. <<http://www.cappsa.org/img/destacados/libro-pirateria.pdf> > [consulta: 08 abril 2013].

del decodificador se puedan proyectar las señales de pago en formato HD, se pueda actualizar constantemente las *control word* o claves de acceso por medio de los distintos formas de compartirlas, siendo el único objetivo de estos elementos el buen funcionamiento del equipo posterior a su adulteración.

El ilícito se comete con la adulteración de estos decodificadores, para que no solo capten señales libres sino que también aquellas a las que se puede acceder solamente pagando, es decir con la adulteración se tiene acceso a las señales encriptadas, procediendo a su decodificación y proyección en el televisor.

Hoy en día en nuestro país existen tres formas de adulteración de los decodificadores FTA, todas surgiendo en base a las medidas de protección tomadas por proveedores de televisión y los dueños de los CAS.

1.4.1 Alteración vía software⁸ o “emulación de smartcard”.

Antes de empezar con el análisis de este tipo de alteración, debemos explicar los diferentes componentes que hacen la diferencia entre un decodificador FTA y uno capaz de descifrar señales de pago.

⁸ Definido por la Real Academia Española como el conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.

El primero de estos componentes es el *software* de protección, el cual se denomina CAS (*Conditional Access System*) o sistema de acceso condicional, este tiene como finalidad la protección del contenido de la televisión de pago, que se compone de las señales encriptadas y desencriptadas, con esto las empresas proveedoras pueden distribuir sus contenidos exclusivamente a sus suscriptores abonados, restringiendo el acceso a cualquiera a través del cifrado o encriptación de las distintas señales satelitales. Existen una variada oferta de estos *software* como lo son Nagravision, Powervu, Biss, Conax y Betacrypt entre otros, siendo el más usado el primero de ellos.

El contenido es codificado por los operadores de televisión y decodificado por los usuarios a través de sus dos componentes, una tarjeta denominada *smart card*, la cual es provista por el operador de televisión de pago que se encarga de entregarle las claves al aparato, y el *software* de protección CAS, mediante el cual se podrá descifrar la señal recibida por el decodificador y acceder a las señales televisivas propias del plan suscrito.

La alteración de los decodificadores FTA por esta vía consiste en la incorporación de un procesador o dispositivo descifrador (*Descrambling Chip set*), además de la inclusión de un programa computacional pirata “emulador” que se reproduce en el equipo FTA, claramente sin autorización de los dueños del CAS respectivo. En particular, el programa computacional “emulador” está compuesto de:

- (i) Los códigos de software de los CAS que sirven exclusivamente para descifrar la señal y;
- (ii) Códigos dedicados a un determinado decodificador que sirven para hacer funcionar todos los componentes de tal modelo. En otros términos, por cada modelo de “decodificador pirata” hay un software pirata que contiene códigos de los CAS.

Un decodificador FTA integrado con un software pirata puede descifrar señales de televisión paga sin necesidad de incorporar la *smart card*, pues el mismo software pirata emula (i.e. imita) la tarjeta, proveyendo al decodificador de los códigos correspondientes necesarios para descifrar la señal.

Dentro de este modo de adulteración, es para este sistema fundamental la permanente actualización de su software pirata interno, al ser los códigos de control del programa variables cada cierto periodo de tiempo, lo cual se logra mediante su descarga de distintas páginas de internet –las cuales proveen de estos códigos- a un dispositivo de memoria portátil o *pendrive* que debe ser insertado vía puerto USB al decodificador FTA modificado, el cual actualizará los códigos para un correcto funcionamiento, esto ante diferentes cambios en los códigos que realizan los programadores de los CAS por medio de las *smart card*.

Esta forma de adulteración fue la de mayor recurrencia antes de la medida que tomaron ciertos proveedores de televisión satelital en conjunto con los dueños de los CAS, siendo esta medida el bullado “apagón” de los decodificadores piratas, en el cual muchos usuarios piratas se vieron afectados al no poder ver en sus televisores los canales encriptados, toda vez que anterior a esta medida los códigos o claves eran modificados en intervalos de tiempo más amplios, pero hoy en día la emulación de las tarjetas ya no es posible, ya que las claves cambian en intervalos de segundos lo que no da tiempo de emular y cargar la información.

1.4.2 Alteración vía SKS.

Ante el bullado apagón progresivo ocurrido en nuestro país de los decodificadores piratas, este mercado negro tuvo que buscar nuevas alternativas para poder conseguir acceso a los canales de pago y poder decodificar la señal emitida por los proveedores, toda vez que algunas empresas propietarias de los CAS (*Conditional Access System*) –software de protección de las señales de pago-, junto con propietarios de los canales encriptados y los proveedores de televisión satelital, decidieron modificar sus programas, siendo el CAS más conocido Nagra, el cual migro de Nagra 2 a Nagra 3, dejando obsoleta cualquier modificación realizada a estos aparatos.

Ante este escenario, una de las variantes a la modificación de decodificadores FTA fue mediante SKS (*Satellite Key Sharing*), que viene a solucionar la migración de los canales encriptados a un CAS de mayor seguridad.

La gran diferencia de este sistema, es la utilización de un hardware denominado dongle, el cual es un dispositivo ya sea externo o interno (en los modelos más modernos) del decodificador, el cual tiene como función la decodificación de los canales que migraron a un CAS de mayor seguridad y por ende a otro satélite; este hardware actúa como intermediario entre la señal y el decodificador, y es que este se encuentra conectado a una segunda antena dirigida a un satélite específico dependiendo del CAS que se intente quebrantar, con lo cual se logra cifrar la encriptación de los canales de pago.

El diagrama que a continuación se acompaña nos da una mejor idea de cómo funciona el método ya expuesto:

4. **Diagrama respecto de la forma de adulteración de decodificador FTA vía SKS⁹.**



1.4.3 Alteración vía IKS.

La segunda forma de adulteración que sumo adeptos luego del “apagón” de los decodificadores, fue la alteración del decodificador por medio de IKS (*Internet Keys Sharing*), esto es mediante un proveedor en internet, se logrará descifrar los canales de pago.

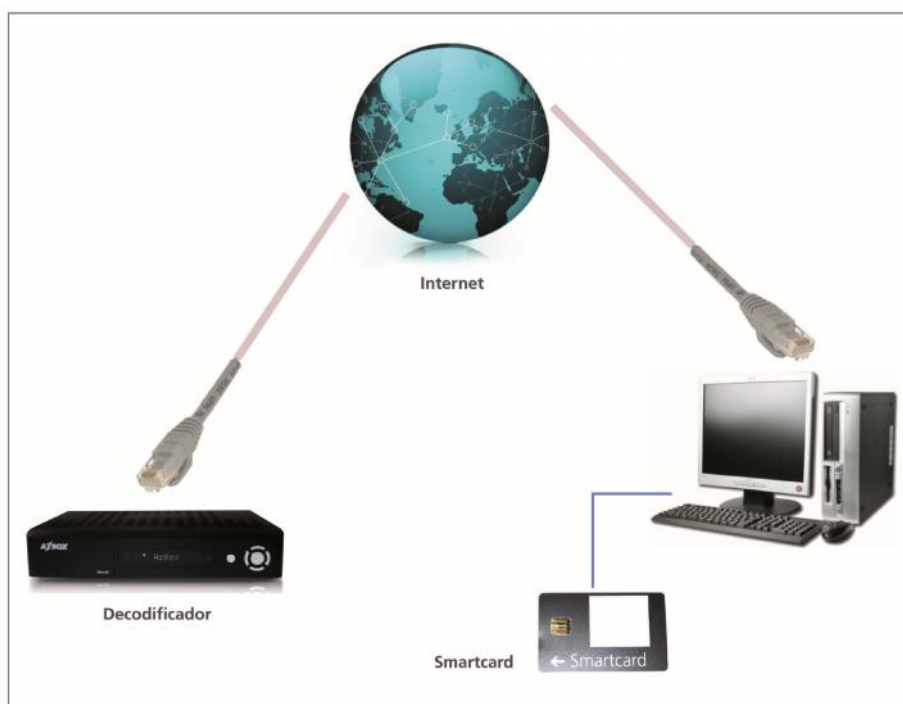
⁹ Diagrama de elaboración propia, en base al sistema de adulteración SKS.

Para poder utilizar este sistema, se necesita de un decodificador FTA con sus respectivos componentes y de una conexión permanente a internet –con un ancho de banda que permita una descarga de datos adecuada- mediante conexión Ethernet, en algunos decodificadores más modernos viene incluido la opción para conectar este a internet mediante wi-fi, pero para los más antiguos se necesitara de un adaptador que permita la conexión a internet, por último se debe instalar un programa que establezca la conexión al servidor que está distribuyendo la información.

La conexión a internet es de suma importancia, ya que el decodificador se conectara con un servidor en la web, el cual le entregará las actualizaciones de las claves de forma inmediata ante cualquier cambio, dichas claves se extraen de una *smartcard* original y legalmente suscrita a un operador de televisión satelital, conectando esta tarjeta a un computador –por medio de un lector de tarjeta- este se encarga de extraer dichas claves, para luego ser enviadas por internet a cada uno de los decodificadores conectados a este servicio, cumpliendo con el objetivo de engañar al satélite y su señal emitida, toda vez que este reconocerá a este decodificador adulterado como uno suscrito legalmente al poseer las claves de descifrado, y posteriormente el decodificador podrá procesar la señal a la perfección.

En el siguiente esquema se puede apreciar el funcionamiento de este modo de alteración de los decodificadores FTA:

5. **Diagrama respecto de la adulteración de decodificador FTA
vía IKS¹⁰.**



Una gran diferencia que presenta este sistema de adulteración, es que en su gran mayoría para poder acceder a este se debe cancelar un monto mensual a quién este encargado de la distribución del servicio, claramente un precio inferior al de un proveedor de televisión satelital legal, ya que en este caso nos

¹⁰ Diagrama de elaboración propia basado en el funcionamiento de la adulteración vía IKS descrito en el presente trabajo.

encontramos ante un proveedor ilegal que busca apoderarse del mercado controlado por proveedores legales.

1.5 Ilícitos involucrados en la alteración de decodificadores FTA.

Analizadas las diferentes forma de adulteración de un decodificador FTA, ya podemos proceder a distinguir que acciones son legales o ilegales, y es que la compra e importación de estos equipos sin adulteración alguna es absolutamente legal, al igual que la venta a cualquier comprador, es decir los decodificadores FTA sin las adulteraciones analizadas son completamente legales en nuestro país, pero surge la duda de qué función final tendrán dichos decodificadores, ya que cuentan con elementos que no son propios de un decodificador FTA normal y que solo tienen función si es que se llega a adulterar el aparato.

El problema surge cuando este decodificador es alterado, volviéndose ilegal su comercialización. Entre algunos actos que son ilegales encontramos la interceptación de señal por particulares no habilitados por contrato; asistencia por parte de empresas en el proceso de interceptación de la señal; comercialización de servicios de televisión satelital por parte de quienes sub arriendan la señal de las empresas que presta los servicios a otros usuarios; la

adulteración vía *software* (falsificación del CAS y emulación de la smartcard) o alguna de las otras ya analizadas; estos serán las acciones ilícitas en las cuales se incurriría en caso de realizar la adulteración respectiva.

En los próximos capítulos analizaremos las distintas ramas del derecho que pueden verse afectadas, las consecuencias legales que nuestra normativa impone ante estas acciones ilegales, y también como otros países han perseguido estos ilícitos.

CAPÍTULO II: REGÍMENES JURÍDICOS NACIONALES VULNERADOS

2.1 Introducción al capítulo.-

Cuando hablamos de distintas formas técnicas de adulteración de decodificadores FTA a fin de captar, de manera gratuita, señales de pago -cuyos derechos pertenecen a distintas empresas proveedoras de los servicios de televisión satelital- lo primero que se nos viene a la mente es la ejecución de conductas que atentan en contra de la propiedad que tienen las empresas sobre el derecho que poseen sobre dichas señales de pago.

Así, acto seguido cabe preguntarse si existe en nuestro país alguna regulación que sancione este tipo de conductas y en la afirmativa, cuestionarse además si dicha regulación es suficiente para cubrir todas las formas de adulteración descritas en el capítulo anterior.

De este modo, y luego de plantarnos estas interrogantes, llegamos a la conclusión de que, a la luz de la normativa vigente en nuestro país, es posible abordar la problemática desde dos perspectivas. Así, la primera de ellas sería la Ley General de Telecomunicaciones (en adelante °LGT”), toda vez que estamos

hablando de la transmisión de contenidos; y la segunda de ellas, la propiedad intelectual, por cuanto, según explicaremos, las empresas comercializadoras de televisión de pago tienen un derecho de propiedad sobre los software que permiten la reproducción de las señales de pago en nuestros televisores.

Ahora bien, en lo que respecta a ambos cuerpos normativos, la gama de ilícitos en esas materias se encuentran enumerados de manera taxativa en los artículos 36 de la Ley N° 18.168 y en el artículo 76 de la Ley 17.336.

Teniendo definido lo anterior, pasaremos a continuación a analizar ambos cuerpos normativos en orden a definir si existe efectivamente en dicho espectro de ilícitos alguno que pueda cubrir las conductas antes descritas, para luego, en los capítulos que siguen, analizar si dicha regulación es suficiente a la hora de sancionar los distintos tipos de adulteración ya descritos precedentemente.

2.2 Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168

a) Contexto y promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones

Hasta el año 1980, imperó en nuestro país un concepto estatista de telecomunicaciones, lo anterior, a fin de propiciar un desarrollo de las zonas

más atrasadas y edificar una política estratégica de estabilización de la seguridad y defensa nacional. Es así como hasta dicha fecha, el Estado de Chile asumió el dominio y control tanto de las empresas de telecomunicaciones, como de los medios de comunicación¹¹.

No obstante lo anterior, el país se vio en la obligación de realizar cambios diametrales en pos del afianzamiento económico del estado, a saber, la privatización de las Telecomunicaciones y la promulgación de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168 (En adelante “LGT”).

Así las cosas, el modelo instaurado con anterioridad a la década de los 80’, comienza a revertirse en 1974 con la Declaración de Principios del Gobierno de Chile y la consagración en ella, del principio de subsidiaridad del Estado, en virtud del cual, el Estado debía asumir aquellas funciones que la sociedad civil no estaba en condiciones de adjudicarse directamente, o cuya importancia era tal, que requería que el Estado se hiciera cargo de ellas.

Luego, y por Decreto Supremo N° 423 -de fecha 5 de octubre de 1978 del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, publicado en el Diario Oficial con fecha 21 de octubre de 1978- se aprueba **la Política Nacional de Telecomunicaciones**. Esta nueva “política”, contenía los lineamientos básicos a largo plazo en materia de Telecomunicaciones a los que debían regirse las

¹¹ OVALLE YRARRÁZABAL, JOSÉ IGNACIO. 2001. Las Telecomunicaciones en Chile. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Conosur.. Pág. 5

instituciones del Estado, y que en definitiva, constituyó la base para la promulgación de la actual LGT. Es en este orden de cosas, que la esencia de este documento se traduce en que la explotación de los distintos servicios de Telecomunicaciones se delega a los particulares mediante el otorgamiento de concesiones, permisos, autorizaciones y licencias por parte del Estado.

En este contexto, y junto con la promulgación de la Constitución Política de 1980¹², se envía a tramitación el proyecto de ley de la actual LGT con fecha 17 de marzo de 1980. La LGT vino a ser la consagración de todos los principios mencionados anteriormente en materia de telecomunicaciones, siendo ella catalogada “como una herramienta eficaz con que debe contar el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, para fomentar y regular las telecomunicaciones y constituir las en un factor importante en el desarrollo socio-económico del país.”¹³

Fue así como a finales de la década de los 70´ y a comienzos de la década de los 80´, se produjo un proceso de privatización de los servicios de telecomunicación que muchos autores han denominado la “Época de liberalización de los servicios”. En efecto, durante estas décadas, la legislación en materia de Telecomunicaciones buscó adaptarse a los nuevos cambios y

¹² Que garantiza a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica -que no sea contraria a la ley, la moral o el orden público- y el derecho a la no discriminación arbitraria en materia económica.

¹³ Mensaje del proyecto de Ley.

nuevas tecnologías toda vez que la normativa vigente durante ese periodo de tiempo no era capaz de hacerse cargo y de regular todos los asuntos en el ámbito de las telecomunicaciones.

Hoy en día, nos encontramos en un escenario bastante similar al de hace 30 años atrás. Es así, como a diferencia de otras áreas del derecho, el marco normativo en materia de telecomunicaciones no ha evolucionado de forma paralela a como lo ha hecho su campo de aplicación, y en definitiva, nos encontramos ante la compleja situación de que nuestra **LGT no es capaz de hacerse cargo de las nuevas coyunturas planteadas con el surgimiento de nuevas tecnologías y nuevas formas de comunicación.**

En efecto, y según detallaremos en lo sucesivo, ninguna de las formas de adulteración –ya descritas en el capítulo anterior- se encuentra sancionada por el delito contemplado en la LGT dado que ninguna de estas adulteraciones importa dañar la señal transmitida por un tercero, cortar la continuidad de una señal u obstruir algún servicio de Telecomunicación.

Así por ejemplo, cuando hablamos de la forma de adulteración vía IKS (*Internet Keys Sharing*), lo que sucede es que un proveedor en internet logra descifrar claves correspondientes a los canales de pago y enviarlas a cada decodificador conectado al servicio, logrando de esta manera engañar al

satélite¹⁴ y a la señal emitida, teniendo como resultado final de dicha operación, que el satélite reconocerá a dicho decodificador adulterado como uno suscrito legalmente a señales de pago, pudiendo de esta forma procesar la señal a la perfección. De este modo como se podrá apreciar, en esta y en las otras formas de adulteración ya descritas, no es posible configurar el tipo descrito en la Ley General de Telecomunicaciones, por cuanto esta adulteración no importa dañar, cortar la continuidad de una señal emitida por un tercero o la obstrucción de algún servicio de Telecomunicación toda vez que ellos, a pesar de las numerosas adulteraciones realizadas, continúan funcionando a la perfección.

**2.2.1 Delito especial de la Ley General de Telecomunicaciones N° 18.168:
De la interceptación de las telecomunicaciones.-**

a) Artículo 36 B letra b) de la Ley General de Telecomunicaciones.-

Tal como hemos señalado, el ámbito de protección normativa de las numerosas infracciones a bienes jurídicos protegidos por la Ley de

¹⁴ Correspondiente a la señal de pago.

Telecomunicaciones es bastante acotado e insuficiente ante las necesidades impuestas por las nuevas tecnologías.

Es así como el artículo 36 B de dicho cuerpo legal se ha transformado en la “herramienta más drástica que tiene disponible nuestro legislador para la protección del adecuado funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones”¹⁵. En efecto, la mencionada disposición legal habilita a cualquiera para deducir una acción penal pública en orden a cautelar el bien jurídico protegido en esta norma, a saber, **el buen funcionamiento de los servicios de Telecomunicaciones**¹⁶.

De esta manera, la conducta tipificada en el precepto legal citado, constituye el tipo penal básico en materia de telecomunicaciones, ello por cuanto busca garantizar –mediante la acción penal pública- el buen funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones “cualquiera sea la naturaleza o calificación del servicio afectado”¹⁷

¹⁵ DURÁN ROUBILLARD, LUÍS ALEJANDRO. 2004. “Régimen jurídico general de las telecomunicaciones y convergencia”. Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. [en línea] <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2004/duran_l/html/index-frames.html> [consulta: 25 de marzo de 2013].

¹⁶ Cabe tener presente que el buen funcionamiento de los servicios de telecomunicaciones se plantea como un bien jurídico de carácter general. Así las cosas, según explicaremos en lo sucesivo, el tráfico informático que existe en la actualidad es de una complejidad tal que requiere de una mayor especificidad en la normativa que lo regula, y que atendido lo anterior, los bienes jurídicos allí protegidos también deben ser más específicos.

¹⁷ DURÁN ROUBILLARD, Luís Alejandro. Op.Cit.

El artículo 36 B de la LGT, dispone lo siguiente:

Artículo 36 B.- Comete delito de acción pública:

a) El que opere o explote servicios o instalaciones de telecomunicaciones de libre recepción o de radiodifusión sin autorización de la autoridad correspondiente, y el que permita que en su domicilio, residencia, morada o medio de transporte, operen tales servicios o instalaciones. La pena será la de presidio menor en sus grados mínimo a medio, multa de cinco a trescientas unidades tributarias mensuales y comiso de los equipos e instalaciones, y

b) El **que maliciosamente interfiera, intercepte o interrumpa un servicio de telecomunicaciones,**¹⁸ sufrirá la pena de presidio menor en cualquiera de sus grados y el comiso de los equipos e instalaciones.”

¹⁸ A la postre, es necesario señalar que de conformidad al artículo 1º de la referida Ley Nº 18.168, es “**telecomunicación**” toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos e informaciones de cualquier naturaleza, por línea física, radioelectricidad, medios ópticos u otros sistemas electromagnéticos.

c) El que intercepte o capte maliciosamente o grave sin la debida autorización, cualquier tipo de señal que se emita a través de un servicio público de telecomunicaciones, será sancionado con la pena de presidio menor en su grado medio y multa de 50 a 5.000 UTM.

d) La difusión pública o privada de cualquier comunicación obtenida con infracción a lo establecido en la letra precedente, será sancionada con la pena de presidio menor en su grado máximo y multa de 100 a 5.000 UTM. (Énfasis agregado)

Como ya hemos señalado precedentemente, nuestro estudio se centrará principalmente en las normas que contengan, dentro de su tipología, la adulteración de los decodificadores FTA. En este sentido, sólo nos centraremos en el tipo penal contemplado en la letra b) del artículo antes transcrito.

b) Análisis de los elementos de la Teoría del Delito presentes en la letra b) del artículo 36 B de la LGT.

b.1 De la Tipicidad.

En palabras de Claus Roxín¹⁹, una “acción ha de ser típica, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte especial del CP [...]”. En el caso en comento, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 B letra b) el tipo vendría dado por la frase “aquel que **interfiera, intercepte o interrumpa** un servicio de telecomunicaciones”.

Ahora bien, para efectos de determinar el ámbito de aplicación del tipo, nos ocuparemos de la definición de los verbos rectores presentes en la norma, esto es, interferir, interceptar e interrumpir.

Primeramente, la RAE ha definido **interferir** como “introducirse en la recepción de otra y perturbarla”. En otras palabras, es entendida como aquella transmisión que daña la recepción de otra señal de telecomunicaciones.

A mayor abundamiento, la Subsecretaría de Telecomunicaciones, en adelante “SUBTEL”, ha definido interferir como “**transmitir voluntaria o involuntariamente una señal de telecomunicaciones que daña total o parcialmente la información transmitida por otra señal de telecomunicaciones**”²⁰.

¹⁹ ROXIN, CLAUDIUS. 1997. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, España. Editorial Civitas. Pág. 194.

²⁰ Interpretación realizada en virtud de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6º de la LGT mediante Oficio ORD Nº 33410 de 25 de mayo de 2004 dirigido al Juez del Tercer Juzgado del Crimen de Valparaíso.

En segundo lugar, **interrumpir**, ha sido definido por la RAE como “cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo” y por la SUBTEL como “**cortar la continuidad de una señal de Telecomunicaciones impidiendo que llegue a su destino**”²¹.

Finalmente, la RAE define interceptar como “apoderarse de algo antes de que llegue a su destino”, que en el caso específico se produce toda vez que los particulares interceptan señales de pago sin encontrarse habilitados por contrato. Según señalamos en el capítulo anterior, la interceptación de servicios de telecomunicaciones, y más específicamente, la adulteración de los decodificadores FTA, se concreta ya sea mediante adulteración por vía software clonando la smart card, vía SKS o por vía IKS.

Siguiendo con ello, la SUBTEL ha definido este verbo rector como “**Captar la señal de telecomunicaciones**”²². Agrega además, que “en el Informe de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del H. Senado, la expresión interceptar se entendió en el sentido de ‘obstruir una vía de comunicación’, lo que, por lo demás, guarda armonía con el concepto que de ese vocablo da el Diccionario de la Lengua Española que, en su acepción más pertinente, lo define en la misma forma. Dicha Comisión dejó expresa constancia que el término interceptar, comprende el de captar, y ambas deben

²¹ Idem.

²² Idem.

efectuarse maliciosamente para configurar el tipo delictivo que se establece²³. Así, entenderemos que el término obstruir empleado en la Comisión, coarta toda posibilidad de diferenciar o realizar una interpretación mucho más exhaustiva de los verbos rectores contenidos en la letra b) del artículo 36 B.

Por otro lado, no debemos olvidar los elementos del tipo subjetivo contemplados en la norma. Así, el citado precepto requiere para su configuración **que la acción sea llevada a cabo maliciosamente** (El que maliciosamente **interfiera, intercepte o interrumpa** un servicio de telecomunicaciones). De esta manera, el dolo típico va a estar compuesto por “el conocimiento (saber) y voluntad (querer) de los elementos del tipo objetivo²⁴”.

b.2 Del objeto no material de la conducta típica.

El objeto material del delito es aquel objeto o persona respecto de la cual recae la acción típica antijurídica y culpable. Así, para el caso del tipo penal contemplado en el artículo 36 B letra b) de la LGT, el objeto material vendría

²³ Idem.

²⁴ ROXIN, Claus. Op. Cit. Pág.308.

dado por los servicios de telecomunicación en general, sin especificar clase o tipo alguno.

Ahora bien, para el caso específico de la adulteración de los decodificadores FTA, **el objeto material del delito estaría dado por las señales de pago.** Resulta paradójica la situación anterior, por cuanto el objeto material del delito no es material en sí mismo sino que es de naturaleza inmaterial, intangible y no aprehensible materialmente.

En efecto y dada su inmaterialidad entenderemos -a diferencia de lo señalado por la SUBTEL- que quien intercepta un servicio de señal de pago mediante la adulteración, cualquiera sea, de un decodificador FTA, lo que hace es obtener indebida e ilegítimamente señales que por contrato no le pertenecen, pero sin que ello implique despojar del servicio a quien si ha contratado esa señal.

2.3 Infracciones a la Ley de Propiedad Intelectual.-

a) De la propiedad intelectual.-

La propiedad intelectual ha sido definida en el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante “OMPI”)²⁵, Publicado en el Diario Oficial nº 29.159 del 23 de mayo del año 1975. En este Convenio²⁶ se señala que se entiende por propiedad intelectual aquellos “derechos relativos a:

- A las obras literarias, artísticas y científicas,
- A las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- A las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- A los descubrimientos científicos,
- A los dibujos y modelos industriales,
- A las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,

²⁵ <http://www.wipo.int/portal/index.html.en>

²⁶ Más específicamente en su artículo 2, punto VIII).

- A la protección contra la competencia desleal, y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.”

Sin ir más lejos, la propiedad intelectual ha sido definida por la OMPI como aquellos derechos que resultan de la actividad intelectual en el campo industrial, científico, literario y artístico”²⁷.

En Chile, el marco regulatorio que la protege está dado principalmente por la ley N° 17.336, que a su vez señala que “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”.

Cabe mencionar además, que para la ley chilena y la doctrina tradicional, la propiedad intelectual va a estar vinculada al derecho de autores, intérpretes o ejecutantes de las obras intelectuales del dominio literario, artístico y científico, excluyéndose la propiedad industrial²⁸.

Así las cosas, es preciso señalar que por regla general la propiedad intelectual busca salvaguardar a aquellos creadores y productores de bienes,

²⁷ “The legal rights which result from intellectual activity in the industrial, scientific, literary and artistic fields”. En: WIPO. “WIPO INTELLECTUAL PROPERTY HANDBOOK: POLICY, LAW AND USE.

²⁸ BCN. Unidad de Apoyo al Proceso Legislativo. “Propiedad Intelectual en Chile”. Valparaíso (2004)

cualquiera sea su naturaleza –literaria, artística o científica- concediéndoles una serie de derechos.

b) Del derecho de propiedad intelectual y las nuevas tecnologías.-

El derecho de propiedad intelectual es una rama del derecho que con el paso del tiempo ha adquirido gran importancia atendido el creciente tráfico jurídico vinculado al ámbito económico, cultural y tecnológico en este caso. Así, según hemos adelantado precedentemente, la relevancia de esta materia se ve reflejada en el sinnúmero de acuerdos internacionales que Chile ha suscrito en esta materia²⁹.

²⁹ Así, entre ellos, podemos señalar:

- 1) Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas (Decreto Nº 74 de 1955, del Ministerio de Relaciones Exteriores)
- 2) Convención Universal sobre Derechos de Autor (Decreto Nº 75 de 1955, del Ministerio de Relaciones Exteriores)
- 3) Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas (Chile ratificó el texto revisado en París, en 1971), promulgado por Decreto Supremo Nº 266, de 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial el 5 de junio de 1975.
- 4) Convención Internacional para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961, promulgada por el D.S. Nº 390, de 1974, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile y publicada en el Diario Oficial el 26 de julio de 1974.
- 5) Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (Decreto Nº 270 de 2003, Ministerio de Relaciones Exteriores).
- 6) - Convención Universal sobre Derecho de Autor aprobado en Ginebra, en 1952, promulgado por el D.S. Nº 75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile y publicado en el Diario Oficial el 26 de julio de 1955.
- 7) Acuerdo de Marrakech (D.S. Nº 16, de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores).

Por otro lado, conjuntamente con lo anterior, nos encontramos ante un escenario en el cual las nuevas tecnologías avanzan a una mayor velocidad que los tratados y reformas legislativas en esta materia³⁰. Así, cada día van surgiendo nuevas técnicas y formas de reproducción, copiado y utilización de obras protegidas por el derecho de autor en el ámbito digital pero que lamentablemente no se encuentran recogidas de manera expresa en nuestra legislación.

En este sentido, frente a las nuevas formas de utilización de obras protegidas por el derecho de autor en el entorno digital, a la hora de indagar en torno a una posible infracción penal a la propiedad intelectual, es necesario recurrir a los ilícitos que datan de 1970 y 1985, fechas de publicación de la Ley 17.336 y de la Ley 18.443, respectivamente, donde el legislador no tenía en mente este tipo de situaciones³¹.

c) Marco normativo de la propiedad intelectual.-

³⁰ En efecto, este no es solo un fenómeno que afecta únicamente a nuestra legislación en materia de comunicaciones, sino que además, al derecho de propiedad intelectual y al derecho penal (que se encuentra íntimamente ligado con las dos ramas anteriores).

³¹ GRUNEWALDT CABRERA, ANDRÉS. 2008. "Infracción a los derechos de autor y conexos por medios tecnológicos: tratamiento penal a la luz de la ley chilena". Revista de Derecho Universidad Finis Terrae (12). Pág. 1.

En nuestro país, la propiedad intelectual se encuentra regulada principalmente por la Constitución Política de la República de 1980 (artículo 19 N° 25), en la Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, en algunas disposiciones del Código Civil (artículos 583 y 584) y en los tratados y convenios internacionales suscritos o ratificados por Chile.

La Constitución Política de 1980 dispone en su artículo 19 N° 25 que:

“Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas: (...)

25°. El derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior”

De la simple lectura de la disposición antes citada, es posible vislumbrar que mediante la misma se busca proteger el derecho de autor tanto en su componente patrimonial como moral, y se extiende además a las normas que regulan la propiedad intelectual. Estableciendo de este modo, que sólo la ley puede regular los modos de adquirir la propiedad intelectual, de usar, gozar y disponer de ella, así como también sólo ella puede fijar las limitaciones y obligaciones que derivan de su función social y autorizar la expropiación para privar al autor de sus derechos de propiedad intelectual³².

A su vez, el Código Civil hace referencia a la propiedad intelectual en relación al dominio, señalando que “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”³³.

El cuerpo normativo especial al cual hace alusión el artículo 584 del Código Civil, es precisamente la Ley N° 17.336, de propiedad intelectual, publicada en

³² INAPI. “COMPILACIÓN DE NORMAS RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL”. 2010. [en línea] http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articles-751_recurso_1.pdf [consulta: 14 de julio de 2013].

³³ Artículo 584 del Código Civil de la República de Chile.

el Diario Oficial el 02 de octubre de 1970, la cual regula en detalle los derechos y obligaciones en esta materia.

d) Derechos relativos a programas computacionales reconocidos en la Ley N° 17.336 de Propiedad Intelectual.

El artículo 3° de la Ley sobre Propiedad Intelectual delimita el objeto de protección de la ley y dispone lo siguiente:

“Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley”:

N° 16) Los programas computacionales, cualquiera sea la forma o modo de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, documentación técnica y manuales de uso.”

Se desprende de la disposición transcrita, que el conjunto operacional³⁴ que constituye un programa computacional pueden presentarse bajo dos modalidades básicas reconocidas en los tratados internacionales y en nuestra

³⁴ Instrucciones que pueden someterse como unidad a un ordenador y utilizarse para dirigir el comportamiento del mismo.

ley, esto es, como programa fuente o programa objeto, ambas resguardadas por las disposiciones de dicho cuerpo legal.³⁵

Este derecho es reconocido tanto para autores chilenos como extranjeros. Así las cosas, tenemos que nuestra legislación no excluye los derechos de autores extranjeros que no tengan su domicilio en nuestro país por cuanto los mismos gozan de la protección que las convenciones internacionales le otorguen en tanto hayan sido suscritas y ratificadas por Chile³⁶.

Así en muchas de ellas, como la Convención de Ginebra³⁷ (Convención Universal sobre derechos de autor), y la Convención de Berna para la

³⁵ Como las máquinas son sólo capaces de entender y procesar información expresada en lenguaje binario, a saber, secuencias de ceros y unos, los programas fuentes deben ser traducidos con la ayuda de un "programa interprete" o de un "programa compilador" de manera que las instrucciones que contiene puedan ser leídas por el computador. El resultado de esta conversión de Código Fuente en lenguaje utilizable por el computador se denomina Programa Objeto. Pues bien, nuestra legislación comprende tanto la protección del código fuente como del código objeto de los derechos de autor. De esta manera, podemos decir que el programa fuente es aquel que nos permite escribir un *algoritmo* (conjunto de reglas e instrucciones bien definidas) mediante un lenguaje formal. Por eso al código desarrollado al programar se le llama código fuente. Cuando dicho código fuente se traduce a un lenguaje comprensible por la máquina, estamos ante un programa objeto.

³⁶ El Artículo 2 Ley Nº 17.336 expresa:

Art. 2°. La presente ley ampara los derechos de todos los autores chilenos y de los extranjeros domiciliados en Chile.

Los derechos de los autores extranjeros no domiciliados en el país, gozarán de la protección que les sea reconocida por las convenciones internacionales que Chile suscriba y ratifique.

Para los efectos de esta ley, los autores apátridas o de nacionalidad indeterminada serán considerados como nacionales del país donde tengan establecido su domicilio.

³⁷ Este Tratado es administrado por la UNESCO, siendo promulgado por el D.S. Nº75, de 1955, del Ministerio Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial Nº23.206 de 26 de julio de 1955.

Protección de las Obras Literarias y Artísticas³⁸, se establece la obligación de igualdad de tratamiento para la obra extranjera entre los países contratantes³⁹. Así, en virtud de estas convenciones, los autores extranjeros sin domicilio en nuestro país, son asimilados a autores nacionales, al mismo tiempo, las obras extranjeras gozan de la misma protección que cada país le confiere a las obras publicadas por primera vez.

Por otro lado, en el acuerdo sobre los ADPIC⁴⁰ ratificado por Chile, se le confiere a los **Programas de ordenador y compilaciones de datos la misma protección** que la Convención de Berna suministra a las obras literarias, esto es, en los mismos términos del artículo 3º de la Ley Nº 17.336 precedentemente transcrito, es decir, sea como programas fuentes o programas objeto.⁴¹

Así, finalmente es posible afirmar que por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley Nº 17.336, las obras y los programas computacionales

³⁸ Chile suscribió y ratificó el texto revisado en París, en 1971. Promulgado por Decreto Supremo Nº266, de 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, publicado en el Diario Oficial Nº29.170 de 5 de junio de 1975.

³⁹ Ver Convención de Ginebra, art. II.1; Convención de Berna, en su artículo primero establece una “Unión” entre los países suscribientes, otorgando protección a todos los autores y obras publicadas en cada uno de los países.

⁴⁰ ADPIC Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. Incorporado como Anexo 1C del [Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio](#), firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994. (Acuerdo Ronda de Uruguay).

⁴¹ Acuerdo ADPIC, artículo 10.

extranjeros quedan resguardados, de acuerdo a la ley chilena, en análogas condiciones en que cualquier obra artística o literaria nacional.

e) Delito contemplado en el artículo 79 letra a) de la Ley de Propiedad Intelectual.

Como señalábamos, el derecho de autor que detenta la empresa creadora del software sobre el mismo, por el solo hecho de su creación, va a comprender tanto los derechos patrimoniales como morales respecto de la creación, uso y goce de la obra. Así, en virtud de los artículos 17, 18 y 20 de la Ley N° 17.336, ella cuenta con la facultad de utilizar directa y personalmente la obra, autorizar su uso por terceros, de reproducirla por cualquier procedimiento o bien adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación o transformación de la obra originaria.

En efecto, para utilizar obras que no pertenezcan al dominio público y que por tanto sean de dominio ajeno, tales como un programa computacional, se requiere el “consentimiento expreso” del titular de derechos de autor, en este caso del creador de software. De este modo, el titular del derecho cuenta con el

privilegio de autorizar la reproducción de su obra bajo la forma que estipule en su autorización.⁴²

Siguiendo con lo anterior, la autorización expresa que debe obtener aquel que pretenda la utilización de una obra de dominio ajeno contemplada en el artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual⁴³, deberá contener a lo menos lo siguiente:

“La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no podrá ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señale el Reglamento.”⁴⁴

⁴² En este sentido, el artículo 19 de la Ley N° 17.366 señala que "Nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor."

⁴³ "se entiende por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece."

⁴⁴ Inciso segundo del artículo 20° de la Ley de Propiedad Intelectual.

De esta manera, es la autorización y el contenido de la misma que otorga la habilitación y delimitación del uso de una obra de dominio ajeno.

De lo anterior es posible deducir que el uso indebido del software de creación intelectual ajena, ya sea por su uso sin autorización expresa del titular o por extender su uso fuera del ámbito de ejercicio delimitado en la autorización, constituye una infracción a los derechos de autor de la empresa creadora expresamente sancionada en el artículo N° 79 (a) de la Ley de Propiedad intelectual, en los siguientes términos:

Art. 79: Cometan delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales:

a) Los que, sin estar expresamente facultados para ello, **utilicen obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.**

A mayor abundamiento, la ltima. Corte de Apelaciones de Santiago ha confirmado que la reproducción indebida de un software constituye un atentado contra la propiedad intelectual e industrial de sus titulares de la siguiente forma:

“El uso de programas computacionales logrados ilegalmente o sin licencia para ello, constituye lo que se conoce como “piratería informática o de software” y constituye un atentado contra los derechos de la propiedad intelectual. La expresión adecuada para referirse a estas realidades sería “copia ilegal o copia no autorizada y su uso sin licencia”, e implica una infracción al derecho de autor. Ello se produce por instalar o utilizar el software o programa computacional sin una licencia debidamente autorizada, o cuando lo hace en más sistemas de los que está autorizado. Lo que en nuestro país se encuentra reglado en las leyes N° 17.336 sobre derechos de autor y N° 19.039 sobre propiedad intelectual y establece responsabilidades civiles y penales por este hecho.”⁴⁵

En efecto, tanto la emulación de los software para emitir señales de pago, como cualquier tipo de captación de señales de pago sin la debida autorización del emisor, como ocurre en las situaciones antes descritas, constituyen una manifiesta infracción al derecho de autor.

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago. Ingreso N°2611-2006.

A pesar de ello, y a pesar de todas las medidas legales que se han tomado hasta la fecha, estas acciones resultan insuficientes toda vez que no existe una normativa vigente capaz de sancionar estas acciones de un modo efectivo. Actualmente no existe una norma que sancione de manera específica la importación y comercialización de decodificadores, salvo que ellos sean internados o vendidos con un software en su interior protegido por el derecho de autor (emulador de software) o se realice interceptación de señal o la prestación de un servicio no autorizado de telecomunicaciones, contenido en dicha ley.

Así, y pesar de que existe un evidente atentado en contra de los derechos de autor, quienes se dedican a la comercialización de los aparatos se han adaptado a estas circunstancias generando nuevas formas de eludir la ley. De este modo, han importado equipos sin el software previamente instalado, o han utilizado otros medios tecnológicos que permitan captar señal codificada sin autorización del emisor de la señal de pago. Ante estas circunstancias, cualquier tipo de persecución penal queda sin efecto alguno.

2.4 Conclusiones del capítulo.-

Luego de analizar la normativa aplicable a esta discusión, hemos llegado a una conclusión preliminar, que pretendemos reafirmar mediante el estudio del derecho comparado que se realizará en los capítulos que siguen.

Es así como del estudio de ambos cuerpos normativos, pudimos concluir que el marco normativo con el que contamos en materia de telecomunicaciones como en propiedad intelectual, es insuficiente a la hora de sancionar las conductas antes descritas. Ello, principalmente porque los mismos no se ajustan a los avances de las tecnologías y a las distintas formas de adulteración que han ido ideando quienes se dedican a ejecutar este tipo de conductas.

Lo anterior, ha creado una serie de conflictos sociales producto de los intereses divergentes que se encuentran en juego. Es más, la insuficiencia legislativa ha provocado que sean las mismas empresas quienes han buscado soluciones prácticas a la hora de disminuir la ejecución de estas conductas. Así, se han ejecutado medidas como el bullado apagón realizado el año 2012 y se han creado alianzas contra la piratería de TV. Por su parte, quienes ejecutan esta medida, día a día buscan nuevas y distintas formas de adulterar estos equipos a fin de proveer de señales de pago de manera gratuita o a un precio, que a su juicio, pareciera ser más razonable.

De este modo, conviene ahora analizar de qué manera se ha tratado esta problemática en otros países, a fin de poder determinar, qué camino se debe seguir y qué soluciones se puede adoptar en estas materias.

CAPÍTULO III: DERECHO COMPARADO Y SUS SOLUCIONES.

Analizada las herramientas legales que tiene nuestro país para enfrentar la piratería de la televisión satelital paga, pasaremos a analizar cómo se ha combatido este tipo de piratería a nivel internacional, y más específicamente, analizaremos cómo se ha tratado esta materia en distintos países.

El derecho internacional ha buscado diferentes formas de evitar la piratería de obras intelectuales a nivel mundial, ello principalmente ante el inminente avance de la tecnología y de la facilidad que existe hoy para el intercambio de contenidos. Así, a modo ejemplar es posible evidenciar como en la actualidad en sólo una cuestión de segundos se puede expandir, a nivel mundial, un video por medio del sitio web Youtube, o como algún hecho ocurrido en algún país se convierte rápidamente en un trending topic de la página web y aplicación Twitter.

Es así como hoy en día contamos con herramientas que nos han permitido tener un mundo mejor conectado, pero que a su vez ha facilitado la infracción de la ley, mientras que la persecución de la infracción se hace cada día más compleja.

Siempre ha existido la discusión de cuándo se traspasa la línea de la libertad de expresión en favor de la protección de los contenidos, conflicto que en el último tiempo ha dado que hablar con la leyes como SOPA (Stop Online Piracy Act) o bien ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement), la primera de ellas a nivel local de Estados Unidos y la segunda sería un acuerdo plurilateral entre ciertos estados, ambas buscando regular los derechos de propiedad en el internet y la protección de estos, y perseguir a todo aquel que ofrezca algún contenido en internet sin la autorización correspondiente. Dichas normativas, están produciendo un gran revuelo a nivel mundial, ya que por ejemplo podría darse el caso de que con el solo hecho de poner un link de algún otro sitio web en nuestra página web, estaríamos infringiendo el derecho de autor, o bien en el caso de los buscadores como Google o Bing, deberían aplicar filtros para que al momento de realizar búsquedas, no figuren sitios webs que están violando de alguna u otra forma el derecho de autor.

La mayor pregunta que nos hacemos para el presente trabajo es ¿qué tan preparados estamos a nivel mundial para luchar contra la piratería de la televisión satelital?

Para responder esta pregunta, debemos investigar que órganos internacionales se han pronunciado respecto de este tema, pero es importante señalar que lamentablemente, cualquier medida que se tomé y su efectividad será condicionada a la ratificación de cada Estado.

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) es un organismo de las Naciones Unidas, que fue creada en 1967, la cual se define como “el foro mundial en lo que atañe a servicios, políticas, cooperación e información en materia de propiedad intelectual.”⁴⁶, siendo una de las organizaciones encargadas de velar por la protección de la propiedad intelectual a nivel mundial. Desde su entrada en vigencia son dos los convenios a destacar, el Convenio de Roma de 1961 y el Convenio Bruselas de 1974.

El Convenio de Roma o Convención de Roma sobre Protección de Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión de 1961, compuesta por 34 artículos, estableció entre otras cosas la protección de las emisiones de radiodifusión en favor de sus emisores, es decir de las empresas que realizan dicha radiodifusión. De su artículo 7 se puede desprender, que lo que se busca es dar una protección mínima a los autores o ejecutantes de las obras, mientras que en su artículo 13, se da la protección mínima a los organismos de radiodifusión; sin embargo en ninguno de sus artículos se establecen las sanciones que deben tomar los Estados Contratantes para enfrentar las violaciones que busca proteger la presente convención.

⁴⁶ Definición extraída del sitio web de la OMPI <<http://www.wipo.int/about-wipo/es/index.html>> [consulta: 24 agosto 2014].

El Convenio de Bruselas o Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite, está compuesta por 12 artículos, el cual surgió ante el avance de la utilización de las señales satelitales como medios de comunicación y de transmisión para el común de la gente. Lo que se busca por medio de esta convención es que “Cada uno de los Estados Contratantes se obliga a tomar todas las medidas adecuadas y necesarias para impedir que, en o desde su territorio, se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite”⁴⁷. Sin embargo el gran problema se encuentra en su artículo 3, el cual establece que “El presente Convenio no será aplicable cuando la señales emitidas por o en nombre del organismo de origen, estén destinadas a la recepción directa desde el satélite por parte del público en general”, es decir, no se aplica a las señales DTH (direct to home), las cuales son las que utilizan los operadores de televisión satelital. Debido a lo anterior, es que muchos estados no han ratificado el convenio y no existe incentivo de *lobby* alguno por parte de los operadores de televisión satelital para que los países ratifiquen el acuerdo.

⁴⁷ Artículo 2, punto 1), del Convenio de Bruselas o Convenio sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite.

Analizado el panorama a nivel global, podemos empezar a desarrollar cada uno de los países seleccionados para el análisis de su normativa interna y su jurisprudencia; el primer país seleccionado fue Uruguay, ya que se encuentra dentro de nuestra región, Sudamérica, por lo cual el mercado es más parecido al nuestro, pero su normativa dista de la de Chile, al tener un gran avance en el combate de la piratería, existiendo una ley especialmente dictada para esta.

El segundo país seleccionado fue Estados Unidos, el cual fue elegido por sus avances en la materia, contando con fallos emblemáticos en la lucha contra la piratería tanto por el monto al que asciende la sanción monetaria, cómo a quien se le sanciona, y por último por la relación que tiene con nuestro país, al haberse firmado un Tratado de Libre Comercio (TLC), tratado de mucha importancia para los operadores nacionales, ya que dentro de este se establece que nuestro país debiese tener regulado el tema de la piratería satelital, siendo uno de los argumentos claves de quienes combaten la piratería en Chile, para solicitar a las autoridades la sanción adecuada.

El tercer país seleccionado fue Canadá, debido a un fenómeno particular que se da en dicho país, y es que a parte del mercado negro, se ha producido una gran masificación de un mercado muy especial, el llamado mercado gris, este último se produce por el fenómeno que se da al poder recepcionar las señales de televisión de pago emitidas para el mercado de Estados Unidos, situación que se explicará con detalle más adelante.

Por último seleccionamos a España, país que afrontó esta situación de forma previa a Sudamérica, al ser uno de los mercados en donde explotó con anterioridad este tipo de piratería y además de poder apreciar cómo ha sido enfrentada esta situación por la Unión Europea, al ser España miembro de dicho grupo.

3.1. Análisis de la normativa y jurisprudencia en Uruguay.

Al igual que en nuestro país, Uruguay se vio afectado hace un par de años por la explosión del mercado pirata de los decodificadores FTA adulterados, pero se ha podido apreciar que la normativa y las autoridades han estado a la altura para combatir esta situación.

Las leyes que han permitido un escenario favorable en este país contra la lucha de la piratería son dos. En primer lugar, la Ley 17.520 (vigente desde el 23 de julio del año 2002), la cual sanciona el uso indebido de señales destinadas a ser recibidas en régimen de suscripción, y en segundo lugar, la Ley 9.739 que protege los derechos de autor, siendo ambas claves para poder enfrentar el panorama de los decodificadores FTA adulterados.

Es tal el compromiso en este país, que inclusive las mismas autoridades han estado dispuestas a enfrentar este mercado ilegal, un ejemplo de esto es el Decreto que el Presidente don José Mujica dictó el 24 de agosto del año 2012, el cual trajo una gran polémica, debido a que prohibió la fabricación, importación, venta, arriendo y puesta en circulación de ciertas marcas de decodificadores que supuestamente eran del tipo FTA, pero que se utilizaban para su adulteración.

3.1.1. Ley N° 17.520 “Uso indebido de señales destinadas a ser recibidas en régimen de suscripción”.

La presente ley se encuentra vigente desde el año 2002, es decir, hace ya más de 13 años aproximadamente, y consta de cinco artículos; en ella “El bien tutelado es la propiedad privada, el derecho de las empresas que brindan señales transmitidas por cualquier medio, a un conjunto de personas que son los abonados. La acción penal es de oficio y el iter criminis del delito se consuma en el lugar y momento en que se capta la señal”⁴⁸.

⁴⁸ CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL ACCESO A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN DE AMÉRICA LATINA. Ob. Cit. Pág.

Lo que se busca con esta ley es proteger la señal codificada que se envía por los operadores a sus clientes previamente abonados, sancionando la captación por cualquier medio de esta sin haber realizado pago alguno reconocido por estos operadores, tal como lo señala el artículo primero:

Artículo 1º.- El que, para provecho propio o de un tercero, **capture señales transmitidas por cualquier medio destinadas exclusivamente a ser recibidas en régimen de abonados, sin serlo**, será castigado con 80 UR (ochenta unidades reajustables) a 800 UR (ochocientas unidades reajustables), de multa o prisión equivalente. (El destacado es nuestro)

De acuerdo a este artículo, será el mismo usuario de un FTA adulterado o quien lo provea de la adulteración y claves, los autores del delito, consumándose este en el momento mismo de captar y decodificar la señal de pago, y por otro lado, serán los operadores los sujetos pasivos de la acción, al estar dejando de percibir el pago de la señal que transmiten y es captada ilegalmente.

A diferencia de la LGT de nuestro país que utiliza los verbos interferir, interrumpir e interceptar, aquí el único verbo utilizado es **captar**, el cual es definido por la Real Academia Española como “Recibir, recoger sonidos,

imágenes, ondas, emisiones radiodifundidas”⁴⁹, lo cual facilita la persecución del delito, ya que solo basta recibir o recoger la señal de televisión satelital para cometer el delito, y por ende, no es necesario que se “obstruya” una vía de comunicación como es requerido en nuestro país.

El artículo 2, sanciona la conducta de aquellos que con conocimientos avanzados en la materia, por ejemplo el que pueda proveer de la instalación del decodificador con la antena, o quien entregue los códigos por cualquier vía, ayuden a terceros en la adulteración y recepción pirata de señales de pago.

Artículo 2º.- El que, con o sin ánimo de lucro, **efectuare a favor de un tercero, las instalaciones, manipulaciones, o cualquier otra actividad necesaria** para la obtención de los hechos que determinan la conducta típica descrita en el artículo anterior, será castigado con pena de tres meses de prisión a tres años de penitenciaría. (El destacado es nuestro)

Aquí la sanción no está dirigida al usuario común y corriente, sino que a toda aquella persona que aprovechándose de sus conocimientos en la materia, los utiliza para decodificar las señales de una forma ilegal con los implementos necesarios en favor de un tercero.

⁴⁹ Real Academia Española.< <http://lema.rae.es/drae/?val=captar>> [consulta: 08 abril 2013].

“El verbo típico es efectuar o sea ejecutar una cosa, hacer efectiva, poner en obra. Se requiere dolo directo y se consuma en el lugar y momento en que se culminan las instalaciones, manipulaciones o actividades necesarias.”⁵⁰, por lo tanto, todos los modos de adulteración analizados en el primer capítulo de la presente tesis, serían sancionados bajo este artículo.

Por otro lado, el artículo 3 consagra una serie de agravantes para las conductas señaladas en los artículos anteriores. Por ejemplo, es una agravante si la persona que presta servicios de instalación y adulteración de decodificadores es un trabajador de algún proveedor de televisión satelital paga, o bien se sanciona como agravante el hecho de que se dañe la señal o interrumpa la señal de otros suscriptores (verbos utilizados en nuestra LGT y que no son vistos como hechos agravantes para nuestra legislación).

Artículo 3º.- Las penas de los delitos anteriores serán aumentadas de un tercio a la mitad:

1) Si las conductas se realizaren mediante la producción de un daño a la red, instalaciones conexas, equipos o cualquier otro elemento técnico pertenecientes a la

⁵⁰ CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL ACCESO A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN DE AMÉRICA LATINA. Ob. Cit. Pág.. 100 .

empresa autorizada prestadora del servicio, cualquiera sea el lugar que ellos estuvieran colocados.

2) Si las conductas ocasionaren una interrupción o perturbación del servicio o un menoscabo efectivo de su calidad, en perjuicio de otros suscriptores.

3) Cuando el agente revista la calidad de empleado, ex-empleado o arrendador de servicios de la empresa permisaria o del instalador autorizado.

La presente ley, también contempló el caso de aquellos que se encargan de distribuir los aparatos que permiten cometer el ilícito, sean estos decodificadores o cualquier otro artefacto que tenga como fin la adulteración y captación de la señal codificada de pago.

Artículo 4º.- El que fabrique, importe, venda u ofrezca en venta, arriende o ponga en circulación decodificadores o cualquier otro artefacto, equipo o sistema diseñado exclusivamente para eliminar, impedir, desactivar o eludir los dispositivos técnicos que los titulares autorizados de la señal hayan instalado, para su protección, será castigado con pena de tres a veinticuatro meses de prisión.

Cabe destacar este artículo toda vez que sanciona a quien fabrique, importe, venda u ofrezca en venta, arriende o ponga en circulación alguno de los equipos. Por ejemplo, una persona por el solo hecho de promocionar la venta de estos equipos se vería sancionado, algo totalmente opuesto a lo que ocurre en nuestro país, ya que la promoción de estos equipos se puede ver en diferentes lugares sin que sea un hecho constitutivo de delito.

Por último, el artículo 5 de la presente ley, le otorga la facultad al juez de decidir qué hacer con los elementos que fuesen decomisados, ya sea la donación al Ministerio de Educación y Cultura para un uso adecuado, o bien la destrucción de las especies.

Artículo 5º.- Sin perjuicio de las sanciones establecidas en los artículos anteriores, el Juez actuante dispondrá el decomiso de los objetos empleados para la comisión del delito, incluido el receptor en que se recoja la señal obtenida ilegítimamente, los que serán entregados al Ministerio de Educación y Cultura, para que éste les dé el destino que estime conveniente. Si, por la índole o el valor de los efectos objeto de decomiso, se estimare que la donación no resultaría de utilidad se ordenará la inmediata destrucción de los mismos, en la forma de estilo.

Ya analizados todos los artículos, podemos apreciar que la Ley N° 17.520, fue un aporte importantísimo en el combate de la piratería de la televisión paga en Uruguay, ya que antes de la explosión de este ilícito, ya contaban con una ley que sancionaba a cada uno de los participantes de esta cadena, ya sea al usuario que lo instala en su casa, aquella persona que con conocimientos ofrecía la instalación, aquellos que importaban, vendían o inclusive ofrecían su venta serán sancionados por la ley, siendo un claro adelanto a lo que años después significaría un dolor de cabeza para toda la industria de la televisión de pago a nivel mundial, encontrando a algunos países con una mejor legislación que otros para el combate de la piratería, lamentablemente no siendo Chile uno de los países con legislación a la altura.

3.1.2. Ley N° 9.739 “Ley de derecho de autor”.

La ley de derecho de autor de este país data desde el año 1937, pero fue la modificación introducida por la ley 17.616 del año 2003, en específico la sustitución del artículo 5, la que permitió una correcta protección del software adulterado que se introduce a los decodificadores FTA, al señalar lo siguiente:

“Artículo 5º.- La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

A los efectos de esta ley, la producción intelectual, científica o artística comprende:

...Programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual. Esta protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación. La expresión de ideas, informaciones y algoritmos, en tanto fuere formulada en secuencias originales ordenadas en forma apropiada para ser usada por un dispositivo de procesamiento de información o de control automático, se protege en igual forma...”

“El derecho de autor que detenta el titular sobre el software, por el solo hecho de su creación, comprende tanto los derechos patrimoniales como morales, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

El autor cuenta con la facultad de utilizar directa y personalmente la obra, autorizar su uso por terceros, de reproducirla por cualquier procedimiento o bien adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación o transformación de la obra originaria.”⁵¹

Podemos señalar que las dos leyes analizadas anteriormente, son los estandartes de la lucha contra la piratería de los decodificadores FTA adulterados en Uruguay. Más aún, con fecha 24 de Agosto del año 2012, se dictó el **Decreto Nº 276/012**, en el cual el Presidente de la República de Uruguay don José Mujica, prohibió la fabricación, importación, venta, arriendo y puesta en circulación de equipos receptores satelitales identificados con las marcas AZBOX, AZAMÉRICA o LEXUSBOX, siendo éstas marcas de decodificadores las de mayor utilización en el mercado ilegal. Inclusive en el artículo 2 de dicho decreto, se ordena a la Dirección Nacional de Aduanas no dar trámite a las operaciones de introducción al país de equipos receptores satelitales sin la previa autorización de la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones, y en el caso de solicitar dicha autorización, quien este realizando este trámite, debe presentar una declaración jurada de que los equipos no pueden recibir señales de televisión satelital de pago, o bien no serán modificados posteriormente a su entrada al país.

⁵¹ Ibíd. Pág. 103.

3.1.3. Jurisprudencia y medidas judiciales adoptadas.

Gracias a la normativa ya analizada, Uruguay ha podido realizar una serie de procedimientos judiciales con resultados positivos, ya que “presentada la denuncia penal y previa autorización del Juez, se procede de acuerdo con la ley y se incautan los objetos empleados para la comisión del delito”⁵². Esto último se ha logrado en nuestro país, no obstante, luego de realizar las pericias correspondientes si el decodificador no cuenta con el software pirateado, no podrá ser destruido, ya que en base a nuestra legislación no se estaría cometiendo ilícito alguno. Ejemplos de lo ocurrido en Uruguay se analizan a continuación:

a) Sentencia Nº i320/2011 del Tribunal de Apelaciones Penal 3º Tº.

En la presente sentencia se procesó a dos individuos quienes ofrecían la venta de la antena y decodificador, junto con la instalación, por lo cual se cumplían los requisitos del delito previsto en el artículo 4 de la Ley 17.520, analizado anteriormente.

⁵² Ibíd. Pág. 106.

Los encausados publicaron en un diario lo siguiente: “la nueva televisión digital, sin cuotas y más de 200 canales. No es sistema cable, es legal y libre por satélite”⁵³, pidiendo 800 dólares a cambio, a lo que el tribunal señaló:

“queda en evidencia que es ilógico sostener que una persona esté interesada en abonar una tan alta cifra por tener acceso solamente a señales televisivas “abiertas”, más allá del hecho constatado de lo que ofrecía AA no era la recepción de canales de éstas características. Asimismo, tal como lo declara CC quedan muy pocas señales libres satelitales y las que “hay no tienen gran contenido, no son canales de deportes o dibujitos” (fs. 132), lo cual colide frontalmente con lo ofrecido por AA tanto a través de su aviso como personalmente.”⁵⁴

El tribunal condenó a ambos sujetos por promocionar la venta de decodificadores adulterados, hecho que se encuentra tipificado en el artículo 4 de la Ley 17.520, siendo incautadas además las herramientas con las cuales realizaban las instalaciones y los componentes necesarios (decodificadores

⁵³ Tribunal Apelaciones Penal 3º Tº (2011): Nro. i320/2011, 3 de agosto 2011, en *Sistema de Jurisprudencia Nacional de Uruguay*. Pág. 7, considerando IV.

⁵⁴ Ibid. Pág. 7, considerando IV.

adulterados y antenas). La presente sentencia fue confirmada el año 2011 por los tribunales superiores de justicia.

Lo anterior deja en evidencia el retraso que presenta nuestro país al no considerar la promoción de un aparato como un delito.

b) Sentencia Nº 282/2005 del Tribunal de Apelaciones Penal 1º Tº.

En la presente sentencia, se condena a un ex abonado a la televisión de pago, quien posteriormente a que le cortaran el servicio, hizo una reconexión clandestina de los elementos para poder volver a recibir la señal de pago que antes tenía, tal como quedó establecido en el considerando III de la sentencia:

“Por adición, AA no puede negar que había sido desconectado oficialmente de la red, ya en Diciembre de 1997, (según la ficha de fs. 23), ya un mes y medio antes de los hechos, como él mismo lo afirma.

En suma, la conexión estaba realizada clandestinamente, AA tenía conocimiento de la misma y de su condición y sólo él y su esposa habitan en la finca, según sus propios dichos. Ni sus nietos, ni su hija.-

La argumentación referida a que él nunca estaba en la casa, por lo que no aprovechaba la maniobra, no resulta de recibo, porque escapa a toda consideración lógica. Sobre todo reconociendo como lo hizo, que él autorizó la conexión (y hasta pagó por ella).”

En el presente caso, el encausado solamente procedió a realizar la conexión y pagar por ella con el equipamiento que ya tenía, recibiendo señal a la cual solo se puede acceder bajo el régimen de abonado para provecho propio, hecho tipificado en el artículo 1 de la Ley 17.520, incautándosele además los elementos con los cuales efectuó el delito.

c) Incautaciones obtenidas por NAGRAVISIÓN.

Uno de los grandes combatientes contra la piratería de la televisión de pago satelital ha sido Nagravisión, dueña del software de seguridad que se usa en la mayoría de los decodificadores, presentado una serie de denuncias que han tenido como consecuencia la incautación de cientos de decodificadores piratas, acciones que han sido publicadas en varias oportunidades por la prensa de Uruguay; en el portal digital del diario El País –a modo de ejemplo-, se publicó lo siguiente:

“Un relevamiento exhaustivo realizado por la Cámara de lucha contra la piratería y el contrabando, donde se agrupan 12 empresas -entre ellos operadores de televisión para abonados y firmas titulares de software- detectó a más de 1.000 personas que utilizan hoy en sus hogares receptores para ver ilegalmente televisión para abonados en forma gratuita.

Una vez recabados los datos necesarios, la cámara se apresta ahora, amparada en la ley 17.520 (ver recuadro), a comenzar "una fuerte ofensiva judicial", que implica denuncias y solicitud de allanamientos en los hogares detectados. La ley prevé multas (de entre \$40.000 y \$ 400.000), incautaciones, y hasta habilita a pedir el procesamiento de los involucrados.”⁵⁵

Esta noticia demuestra claramente el compromiso de las autoridades en detener dicha situación, toda vez que las incautaciones se realizaron en los propios domicilios de los usuarios señalados en las denuncias, situación que en nuestro país nunca se ha llevado a cabo.

⁵⁵ PÉRGOLA, GASTON. 2011. Diez allanamientos en avanzada contra "piratería" de TV satelital. [en línea]. El País digital. <<http://historico.elpais.com.uy/110401/pciuda-557160/ciudades/Diez-allanamientos-en-avanzada-contra-pirateria-de-TV-satelital/>> [consulta el 14 de junio 2013].

Una de las incautaciones realizadas, fue la ordenada por el Juzgado Letrado de Rivera, en la causa N° 247/2010, en donde se incautaron cientos de decodificadores adulterados, que contenían el software modificado, y otros aún no manipulados de marca Lexuz. Otro caso, fue en el que se llevaron a cabo diferentes incautaciones de receptores y antenas en diferentes domicilios, procedimiento ordenado por el Juzgado Letrado de Lavalleja, en la causa N° 12/2011; situación similar se ordenó por el Juzgado Letrado de Durazno, en el cual también se incautaron en diversos domicilios antenas y receptores que violaban la normativa. Por último el Juzgado Letrado de San Carlos, en su causa N° 457-80/2011, decreto diferentes allanamientos en la ciudad de Aiguá, incautando decodificadores adulterados.

d) En cuanto a la mercadería en tránsito.

Uno de los grandes logros obtenidos contra la piratería de la televisión paga, y que fue analizado en el seminario de “Entrenamiento Antipiratería FTA”⁵⁶, fue la incautación ordenada por el Juzgado de Letras Especializado del Crimen

⁵⁶ Dicho seminario fue organizado por la Alianza contra la Piratería de Televisión Paga, llevándose a cabo en el Centro de Eventos Espacio Riesco en Chile, el día 23 de abril del año 2013, al cual asistimos como invitados.

Organizado de 2do de turno, en causa N° 99-62/2010, en cual se incautaron cerca de 10.000 receptores piratas de marca “Pro Box”, los cuales se encontraban en tránsito por Uruguay y que tenían como destino el país de Paraguay. En diciembre del año 2012, se logró obtener la orden de destrucción de las especies, la cual se realizó en febrero del año 2013, siendo uno de las mayores destrucciones de receptores piratas en Latinoamérica⁵⁷. Lo anterior, es un gran logro si se considera que estos receptores se encontraban solamente de tránsito por el país, y es que “En su mérito, mientras la mercadería en infracción penal transita por el territorio nacional y el órgano jurisdiccional competente tiene conocimiento de ello, debe proceder al estar legalmente habilitado, a instruir la vía presumarial pertinente respecto de dicha mercadería, habida cuenta de que el hecho delictivo se constata en la República, al configurarse el elemento material del reato (art. 9 del Código Penal)”⁵⁸.

3.1.4. Conclusiones.

⁵⁷ ALIANZA CONTRA LA PIRATERÍA. 2013. Destrucción de FTA piratas en Uruguay. [en línea] <<http://www.alianza.tv/es/latest-successes.php>> [consulta: 17 de junio 2003].

⁵⁸ CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL ACCESO A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN DE AMÉRICA LATINA. Ob. Cit. Pág. 110.

Ya analizadas todas las normas legales que combaten la piratería de los decodificadores satelitales en Uruguay, podemos sacar las siguientes conclusiones:

a) Uruguay cuenta con una legislación a la altura para contrarrestar el ilícito de la piratería de la televisión de pago, al contar con dos leyes, la Ley 17.520 y la Ley 9.739; la primera de ellas desde el año 2002, ley que sanciona diferentes tipos de participación, y la segunda de ellas con una modificación del año 2003, que contempla la protección de la señal y el software que decodifica. Otra medida tomada para combatir la piratería, fue la entrada en vigencia del Decreto N° 276/012, que prohíbe el ingreso de ciertas marcas de decodificadores FTA que son adulterados. Por último, inclusive se ha llegado a la destrucción de mercadería que se encuentra de tránsito por el país.

b) También podemos concluir, que el principio que siguen las normativas analizadas son totalmente pro-empresa, es decir se busca la protección a los proveedores de televisión paga y aquellos creadores de los softwares.

c) Las legislaciones analizadas establecen las siguientes conductas como ilícitas: quien para provecho propio o de un tercero capte las señales de pago; el que en favor de un tercero, con o sin ánimo de lucro, efectúe las instalaciones, manipulaciones o cualquier otra actividad requerida para la captación de señales de pago sin autorización, requiriéndose un conocimiento más profundo del tema para poder realizar esto; el que fabrique, importe,

venda u ofrezca en venta, arriende o ponga en circulación decodificadores o cualquier otro artefacto, equipo o sistema diseñado para evadir la seguridad y captar las señales de pago; y además establece ciertas agravantes a estas conductas como el dañar la red o equipos de la empresa que presta el servicio de televisión de pago, o si la conducta ocasiona una interrupción o perturbación de la señal de televisión de pago, o cuando quien cometa los ilícitos sea un empleado o ex-empleado o arrendador de la empresa que presta los servicios de televisión de pago; además se prohibió la fabricación, importación, venta, arriendo y puesta en circulación de equipos receptores satelitales identificados con ciertas marcas; así como la protección de la señal de pago y el software de protección.

d) La legislación de Uruguay puede ser perfectamente trasladada a nuestro país, ya sea dictando una ley especial respecto del tema que incluya las conductas antes señaladas con sus respectivas concordancias, o bien modificando nuestro código penal, en la forma que propondremos más adelante.

3.2 Análisis de la normativa y jurisprudencia en Estados Unidos.

La importancia de analizar a Estados Unidos en el presente trabajo radica en el Tratado de Libre Comercio firmado por ambos países (Chile-Estados Unidos) en el año 2003, y es que aquellos que combaten la piratería satelital en nuestro país se han apoyado fuertemente en este tratado, al decir que éste obligaría a Chile a establecer como infracción civil o penal la construcción, ensamblaje, modificación, importación, exportación, venta, arrendamiento o distribución de otro modo de dispositivos o sistemas cuya función principal sea la decodificación de señales codificadas sin autorización del distribuidor legal, al igual que la distribución maliciosa de una señal portadora de un programa codificado sabiendo que ha sido decodificada sin la autorización del distribuidor legal de la señal, todo esto en el marco de la propiedad intelectual.

Sin perjuicio de lo anterior, en esta sección analizaremos la legislación interna de Estados Unidos y aquellos fallos que marcaron precedentes en la lucha contra la piratería de la televisión satelital en dicho país. Existen tres normas que son utilizadas para la lucha contra la piratería, estas son la *“Wiretap Act”*, *“Communications Act”*, y *“Digital Millennium Copyright Act”*, normas que regulan la piratería de la señal de televisión satelital cubriendo diferentes supuestos, los cuales son calificados como actos ilegales para lo normativa de este país, y que analizamos a continuación.

3.2.1. Wiretap Act o Electronic Communications Privacy Act.

La presente norma, es una ley federal que se encuentra en el Código de Estados Unidos (18 U.S.C § 2511), y tiene como fin proteger la privacidad de las comunicaciones de todo tipo entre personas, transmitidas a través de internet, ondas satelitales, o teléfonos entre otras cosas. Bajo esta ley, es ilegal el que intencional o deliberadamente interceptare, divulgare o utilizare cualquier comunicación en la cual no fuera partícipe dicha persona y no estuviese abierta al público -es decir que sea privada-, mediante la utilización de algún dispositivo que permita las acciones señaladas; estableciendo sanciones de tipo penal o civil para quien viole lo anteriormente dicho⁵⁹.

La sección que nos importa para el presente trabajo es la 2511 número (1) letra (a), la cual establece:

*“(1) Except as otherwise specifically provided in this chapter any person who—
(a) intentionally intercepts, endeavors to intercept, or procures any other person to intercept or endeavor to intercept, any wire, oral, or electronic communication;...*

⁵⁹ Descripción realizada en base al artículo “Wiretap Act” <<http://communications-media.lawyers.com/privacy-law/Wiretapping.html>> [consulta: 29 de julio 2013].

shall be punished as provided in subsection (4) or shall be subject to suit as provided in subsection (5)”.

En ella se sanciona a toda persona que intencionalmente intercepte, o haga los intentos de interceptar para sí o a favor de un tercero cualquier señal, mediante el uso de un dispositivo⁶⁰, por lo cual será sancionado tanto civil como penalmente, por ejemplo con penas de cárcel de cinco años, e indemnización pecuniarias por lo general de US\$250.000 por individuo o US\$500.000 para una organización, a menos que exista una pérdida sustancial⁶¹.

3.2.2. Communications Act.

Esta ley federal vio la luz en el año 1934, pasando a ser parte del Código de Estados Unidos o U.S. Code, bajo el título 47 (47 U.S.C.), y que se vería modificada en el año 1996 por la Telecommunications Act, dictada bajo el gobierno del presidente Bill Clinton, ya que ante el avance de la tecnología, era necesaria una reforma que contemplara por ejemplo el internet.

⁶⁰ Requisito establecido en 18 U.S.C. § 2510 (4).

⁶¹ COMPUTER CRIME AND INTELLECTUAL PROPERTY SECTION CRIMINAL DIVISION. Wiretap Act. [en línea]. Estados Unidos. <<https://web.gsc.edu/fs/abarker/training/legal/WiretapAct.pdf>> [consulta 29 de julio 2013].

La sección que más nos interesa para el presente trabajo es la § 605, la cual regula la publicación no autorizada de medios de comunicación; dentro de esta sección en su letra (e) número (4), se establecen los siguientes hechos ilícitos:

“Any person who manufactures, assembles, modifies, imports, exports, sells, or distributes any electronic, mechanical, or other device or equipment, knowing or having reason to know that the device or equipment is primarily of assistance in the unauthorized decryption of satellite cable programming, or direct-to-home satellite services, or is intended for any other activity prohibited by subsection (a) of this section, shall be fined not more than \$500,000 for each violation, or imprisoned for not more than 5 years for each violation, or both. For purposes of all penalties and remedies established for violations of this paragraph, the prohibited activity established herein as it applies to each such device shall be deemed a separate violation.”

Podemos apreciar que se ha buscado sancionar distintas acciones, y que todas ellas son consideradas piratería de la televisión satelital, y es que se ha

estimado que el proceso de producción (manufacturar y ensamblar), la adulteración misma del dispositivo (modificar), hasta el proceso de venta de los productos (importar, exportar, vender o distribuir), constituyen ilícito, con lo cual se logra abarcar por ende a quien fabrica los decodificadores FTA, aquellos que importan y luego venden, e inclusive a aquellos que adulteran el decodificador en sí mismo para que puedan descifrar las señales deseadas.

Las acciones anteriores, se sancionaran cuando aquel que las cometa tenga el conocimiento o suponga de que el dispositivo es la herramienta para descifrar señales de programación satelitales, estableciendo como sanción pecuniaria un monto de no más de U\$ 500,000.00.- por cada violación⁶², o bien pena de cárcel de no más de cinco años por cada infracción, no siendo excluyentes ambas sanciones.

3.2.3. Digital Millennium Copyright Act.

Esta ley se encuentra dentro del Código de los Estados Unidos bajo el título 17, teniendo el carácter de ley federal; entró en vigencia en el año 1998, y tiene por objeto la protección de los derechos de autor, además de sancionar la

⁶² Cada aparato es considerada una violación individual, por lo que dependerá del número de decodificadores o aparatos para saber cuántas violaciones se han cometido.

producción y distribución de tecnología que permita violar las medidas de seguridad desplegadas en la protección del material que se intenta proteger.

La sección § 1201 del título 17, regula la elusión de los sistemas de protección de los derechos de autor, específicamente en la letra (a) número (1A), estableciendo como una violación sancionable la que se produce cuando cualquier persona elude alguna medida tecnológica destinada a proteger el acceso al material protegido⁶³.

Dentro de esta misma sección, en la letra (a) número (2) encontramos una parte que es de gran importancia para el combate de la piratería de la televisión satelital, y que señala lo

“(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that—

(A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

⁶³ 17 U.S. Code § 1201 (a)(1)(A): **(a) Violations Regarding Circumvention of Technological Measures. (1) (A)** *No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title. The prohibition contained in the preceding sentence shall take effect at the end of the 2-year period beginning on the date of the enactment of this chapter.*

(B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or

(C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title"

En esta letra y número se establecen tres situaciones, siendo la más importante la letra (A), la cual establece que ninguna persona podrá, fabricar, importar, ofrecer al público, proporcionar o cualquier otra forma, tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente o parte de este, que este diseñado con el fin de evadir las medidas tecnológicas que controlan el acceso a los materiales que se desea proteger, con lo cual se logra la protección del derecho de autor en cuanto al software que permite la descryptación de la señal, como del contenido mismo que es emitido por los proveedores de televisión satelital.

En cuanto a las indemnizaciones que puede obtener quien se viera afectado por las violaciones señaladas en la sección § 1201, estas se encuentran reguladas en las secciones § 1203 y 1204. En la sección § 1203, se establece en su letra (C) números (1), (2) y (3)(A), que se responderá de los daños allí

señalados, y que por cada violación no podrá sancionarse con un monto menor de U\$ 200.00.- o no mayor de U\$ 2,500.00.- sea por una elusión de sistema de seguridad, por un dispositivo, producto, componente, prestación de servicios entre otros; en el caso de reiterarse la infracción dentro de los tres años siguientes dictada una sentencia en contra de una persona, el tribunal tiene la facultad de triplicar los montos señalados.

Por su parte, la sección § 1204, establece un requisito especial para que proceda la indemnización, y es que si la infracción fue cometida con dolo y con el fin de obtener una ganancia pecuniaria para el infractor, este será multado con hasta U\$ 500,000.00.- o pena de cárcel por no más de 5 años, o bien ambas sanciones. En caso de reiteración, la multa se duplicara a U\$ 1,000,000.00.- o pena de cárcel por no más de 10 años, o bien ambas.

3.2.4. Jurisprudencia

Como hemos podido apreciar, la legislación contenida en el Código de Estados Unidos (U.S. Code), al ser de carácter federal, ha permitido aplicarla en diferentes estados, y de esta forma poder perseguir a los piratas de la televisión satelital mediante procedimientos judiciales, los cuales han llegado a diferentes

resultados, ya sea por la condena en sumas de dinero considerables o en prohibiciones permanentes en contra de los demandados, entre otras.

Es importante señalar que son dos las grandes cadenas de televisión satelital en Estados Unidos, Dish Network Corporation y DirecTV Inc., las cuales a su vez son las grandes persecutoras de aquellos que han decidido piratear la televisión satelital de una u otra forma, por lo cual a continuación se analizaran algunos casos presentados por estas empresas.

a) Dish Network Corporation.

Esta empresa es proveedora de televisión satelital, siendo una de los más importantes de los Estados Unidos. En sus inicios esta empresa se llamaba EchoStar Satellite L.L.C., para luego cambiar su nombre a Dish Network. Sin embargo, posteriormente se tomó la decisión de separar la empresa, resultando por un lado EchoStar Corporation como el encargado del sistema de satélite, infraestructura, dispositivos, entre otras cosas, y por otro, Dish Network Corporation, la cual se encarga de promoción, marketing, servicio a los usuarios, de la programación televisiva, entre otras cosas.

Esta empresa ha presentado una serie de demandas, todas por lo general teniendo como parte demandante a Dish, EchoStar y NagraStar LLC -empresa

encargada del sistema de seguridad o software que descripta la señal-, ya sea en contra de empresas o personas naturales, logrando en varios de ellos indemnizaciones por montos muy elevados.

Dentro de los casos a analizar, existen dos juicios que han sido muy importantes por el monto al que fueron condenados los demandados, y porque en ambos casos se logró una restricción permanente en cuanto a la distribución de decodificadores, juicios que pasamos a analizar a continuación:

a.1) Dish Network v. Panarex, Inc.⁶⁴

El primer juicio al cual nos referimos se inició en el año 2007, cuando DISH Network L.L.C. (f/k/a EchoStar Satellite L.L.C.), EchoStar Technologies L.L.C. (f/k/a EchoStar Technologies Corporation), y NagraStar LLC, presentaron una demanda en contra de Panarex Inc., Won Tak Kim (Presidente de la compañía) y Global Technologies Inc., por la importación, promoción y distribución de decodificadores de marca Pansat, los cuales eran fabricados en Corea del Sur por la empresa Global Technologies Inc.

⁶⁴ United States District Court for the Central District of California Western Division (2010): case no. 2:07-cv-05897, march 30th 2010.

El tribunal consideró que los decodificadores Pansat, estaban diseñados específicamente para poder instalar un software pirata que permitiría recibir las señales codificadas emitidas por la empresa Dish, incluyendo además diferentes códigos, componentes (*hardware*) y funciones, que de nada sirven para la recepción de señales FTA, inclusive el *software* que se utilizaba para la emulación de la tarjeta que contenía los códigos y que era instalado en los decodificadores, era promocionado por la misma empresa Panarex.

A su vez, el tribunal interpuso una serie de restricciones permanentes en contra de Panarex y Won Tak Kim: (i) se les prohibió el ofrecer al público, proveer u otra forma de comercialización, cualquier receptor de televisión satelital, software, firmware, o cualquier otro dispositivo, componente, tecnología, que este diseñado o producido para violar las medidas de seguridad de los demandantes; (ii) ensamblar, modificar, vender, importar y/o distribuir cualquier receptor satelital, decodificador, software, firmware, u otro dispositivo, tecnología del que tenga conocimiento o debiese tenerlo de que tal dispositivo, tecnología o parte contiene la ROM⁶⁵, EEPROM⁶⁶ o alguna clave de encriptación o desencriptación usada por quienes demandaron, incluyendo el IDEA⁶⁷, sin el acuerdo para utilizar la licencia correspondiente; recibir comunicaciones electrónicas sin la autorización de los demandantes; (iii) ayudar por cualquier

⁶⁵ Siglas de Read-only memory.

⁶⁶ Siglas de *Electrically Erasable Programmable Read-Only Memory*.

⁶⁷ Es el algoritmo de seguridad utilizado por Nagravision.

medio a otros en recibir las señales de los demandantes sin la autorización; (iv) testear, analizar, intervenir la ingeniería, manipular o de cualquier otro modo extraer códigos u otra información o dato que contenga el receptor satelital, las tarjetas de acceso, sistemas de seguridad u otra parte o componente que sea utilizado para violar las protecciones y acceder a las señales de los demandantes.

Respecto a la sanción pecuniaria impuesta a Panarex Inc y Won Tak Min, esta ascendió a la cantidad de U\$121,699,800.00.-, al haberse infringido las normas reguladas en el Título 17 U.S.C. § 1201, Título 47 U.S.C. § 605 y Título 18 U.S.C. § 2511 (1)(a), todas analizadas previamente en la sección normativa. La empresa demandada también acordó entregar un inventario de todos los receptores satelitales que tenía y además aseguro cesar cualquier negocio presente o futuro que mantuviera con Khachik Bagdasaryan y su compañía Digital Technology Depot –proveedores del software pirateado- quienes además fueron demandados por cuerda separada.

Panarex Inc. y Won Tak Min no fueron los únicos sancionados en este caso, ya que Global Technologies Inc. y Khachick Bagdasaryan también lo fueron. El primero de ellos, Global Technologies Inc., fue condenado por el tráfico de receptores de televisión satelital de la marca Pansat modelos 2700A, 9000HD, y

9200HD, infringiendo la norma dispuesta en el Título 17 U.S.C. § 1201 (a)(2)⁶⁸. Como pudimos apreciar en la sección normativa, cada receptor es considerado una infracción, y en el presente caso se logró acreditar un total de 250.504 infracciones, por lo que el monto al que se condenó a Global Technologies Inc. fue de U\$626,260,000.00.-, dentro de este monto no se incluyó los daños por el número de software descargados que eran utilizados en los descodificadores. Se ordenó también la confiscación y destrucción de los decodificadores, además de imponer una restricción de carácter permanente en los mismos términos que la impuesta a Panarex Inc.

En un juicio distinto al anterior⁶⁹, se demandó a Khachick Bagdasaryan, quien era el proveedor del software a instalar en los receptores satelitales Pansat. El tribunal considero que violó las normas establecidas en los Títulos 17 U.S.C. § 1201 (a)(2) y 47 U.S.C. § 605 (e)(4), sancionándolo por un monto de U\$ 200.00 por infracción, dando un resultado total de U\$151,767,600.00.-, además el tribunal le interpuso una restricción permanente en su contra, prohibiéndosele la manufacturización, importación, ofrecer al público, proveer o cualquier otra forma de tráfico de cualquier tecnología, productos, servicios,

⁶⁸ United States District Court for the Central District of California Western Division (2010), case no. 2:07-cv-05897. Ob cit.

⁶⁹ United States District Court for the Central District of California Western Division (2011), case no. 2:2009cv03351. October 19, 2011.

dispositivos, componentes o partes que tengan como fin el violar las medidas de seguridad impuestas por Dish Network.

a.2) Dish Network v. Freetech, Inc.⁷⁰

El presente juicio, al igual que el anterior, es de gran importancia debido a los montos a los que fueron condenados los demandados y a la prohibición permanente obtenida en su contra. Sin embargo, este juicio se diferencia al haber sido resuelto mediante un acuerdo entre las partes por medio de una mediación.

En diciembre del año 2007, EchoStar Satellite LLC, EchoStar Technologies LLC y NagraStar LLC, presentaron una demanda en contra de Freetech, Inc., Sok (Eric) Jin, Heejoun Jin y Do Mi Lee, por la importación y distribución de los receptores satelitales de marca Coolsat, violando normas como la *Digital Millenium Copyright Act* (17 U.S.C. § 1201(a)(2)), la *Communications Act* (47 U.S.C. § 605(a)) y la Wiretap Act o Communications Privacy Act (18 U.S.C §2511).

⁷⁰ United States District Court for the Northern District of California San Jose Division (2009): case no. 5:07-cv-06124, August 19, 2009.

El juicio tuvo una duración de dos años, finalizando el día 14 de agosto del año 2009, momento en el cual las partes llegaron a un acuerdo por medio de una mediación, la cual fue presentada al tribunal, determinando los montos a pagar por los demandados y las prohibiciones permanentes.

Se acordó el pago de \$ 106,000,000.00.- en total, de los cuales le corresponde pagar \$ 97,000,000.00.- a Freetech Inc., y \$ 3,000,000.- a pagar por cada uno de los otros tres demandados (Heejoun Jin, Do Mi Lee y Sok "Eric" Jin). Estos montos fueron determinados por las violaciones que cometieron los demandados por las violaciones que cometieron los demandados respecto de las normas establecidas en los títulos 17 U.S.C. § 1201 y 47 U.S.C. § 605.

Respecto de las prohibiciones permanentes impuestas a los cuatro demandados, estas se extendieron también a aquellos con los que trabajan conjuntamente, o bajo la dirección o control de cualquiera de ellos, estableciéndose lo siguiente: a) la prohibición de ofrecer al público, proveer, o cualquier otra forma de tráfico de cualquier receptor de televisión satelital, software, firmware, o cualquier otro dispositivo, componente o tecnología, o parte de esta, por cualquier medio, incluyendo el sistema IKS., (i) que estén diseñados principalmente o producidos con el propósito de violar las medidas de seguridad impuestas por DISH para el acceso al contenido ofrecido, (ii) tener un único propósito o que su uso tenga como propósito el violar al contenido

encriptado de DISH, (iii) (a) la comercialización a sabiendas por alguno de los demandados o cualquiera que actué con estos, con el fin de eludir las medidas de seguridad adoptadas por Dish; b) ensamblar, modificar, vender, importar y/o distribuir cualquier receptor de televisión satelital, software, firmware, u otro dispositivo, tecnología o parte de esta, de cual se tena conocimiento o se deba tener que dicho dispositivo, tecnología o parte de esta es usada principalmente para la asistencia del proceso de descryptación no autorizada de servicios satelitales incluyendo el sistema de IKS; c) interceptar las transmisiones de DISH sin su autorización mediante cualquier medio incluyendo IKS; d) asistir a otros para la interceptación de transmisiones de televisión satelital de los demandantes sin la autorización mediante cualquier medio incluyendo IKS; e) testear, analizar, manipular u otra forma de extraer códigos u otra información de tecnología o datos de los receptores de televisión satelital de DISH, tarjetas de acceso, datos o cualquier otra parte o componente de los sistemas de seguridad de los demandados, u otra tecnología usada para tener acceso a la programación de DISH incluido el sistema IKS.

Luego de esto, Freetech ofreció disculpas públicas por los daños causados y se comprometió a cooperar con DISH en futuras acciones anti piratería, además de disolverse y cesar las operaciones, siendo una victoria total para los demandantes.

a.3) Dish Network v. Sonicview USA, Inc.⁷¹

En Julio del año 2009, las empresas Dish Network, EchoStar Technologies y NagraStar volvieron a unir fuerzas y demandaron a Sonicview USA, Inc., junto a sus dueños Robert Sanza, Danial Pierce y Alan Phu, y a quienes fueran sus proveedores autorizados, los hermanos Duane y Courtney Bernard, basando dicha demanda en que estos habrían violado las normas establecidas en la *Digital Millennium Copyright, Communications Act* y *Wiretap Act* o *Electronic Communications Privacy Act*.

La empresa Sonicview USA, cuyos dueños por partes iguales eran Sanza, Pierce y Phu, tenían como negocio la importación, distribución y venta de receptores de televisión satelital y dongles, siendo estos manufacturados en Corea del Sur por la empresa Vicxon Corporation, que luego entregaban a sus vendedores, siendo uno de ellos Duane Bernard –distribuidor autorizado de Sonicview-, quien revendía los aparatos comprados a la compañía.

El tribunal estimó que se infringió el título 17 U.S.C. § 1201 (a)(2), ya que consideró que las pruebas presentadas por los demandantes fueron determinantes en demostrar que habían aplicado las medidas necesarias para proteger el acceso a su contenido, y que los receptores y dongles vendidos

⁷¹ United States District Court for the Southern District of California San Diego Division (2012): case no. 3:2009-cv-01553, May 31, 2012.

fueron diseñados para infringir las medidas de seguridad adoptadas, ya que, mediante los informes de expertos, se señaló que los receptores satelitales habían sido alterados en su estructura para poder colocar los demás dispositivos necesarios para descifrar la señal de Dish; la combinación del receptor satelital, dongles y la instalación del software pirata, permitían acceder al contenido protegido y burlar todas las medidas de seguridad tomadas por Dish, NagraStar y EchoStar, por lo cual se logró demostrar que fueron diseñados o producidos para dicho objetivo.

El tribunal también consideró que se había violado el título 47 U.S.C. § 605 (e)(4), debido a que se demostró por los demandantes que los demandados distribuían los equipos necesarios para realizar la interceptación de la señal satelital de Dish Network. A su vez, el tribunal determinó que los demandados tenían el conocimiento o al menos tenían algún indicio, de que los dispositivos comercializados por ellos -por ejemplo los iHubs, no tenían utilidad alguna si no eran usados para este propósito-, eran capaces de acceder a la señal satelital sin autorización alguna mediante la descifración.

Respecto a las personas naturales involucradas en el caso, es decir, los dueños de Sonicview -Sanz, Phu, and Pierce- y los distribuidores oficiales Duane Bernard y su hermana, también fueron considerados culpables. En cuanto a los tres primeros, el tribunal determinó que eran responsables de las violaciones cometidas por Sonicview, ya que ellos eran dueños de la empresa,

trabajan en ella y contaban con cargos administrativos, pero lo más importante fue que ellos tuvieron directa participación en la selección de los productos que se vendían, ya que establecieron los precios de estos y eligieron a los distribuidores.

En cuanto a Duane Bernard, se consideró que este también violó las normas ya analizadas, toda vez que era un distribuidor de los decodificadores e iHubs de Sonicview; además se estimó que Courtney Bernard, hermana de Duane, también es culpable de las violaciones a las normas ya analizadas, puesto que ella manejaba un sitio de ventas en el portal de ventas eBay, además de contar con una cuenta PayPal para el pago en línea de las ventas de los aparatos que comercializaba junto con su hermano y que eran proporcionados por Sonicview.

Para determinar el monto a indemnizar, el tribunal consideró que se cometieron un total de 324.901 violaciones y por cada una de éstas se debía pagar U\$ 200.00.-, por lo cual se condenó a Sonicview al pago de U\$64,980,200.00.-, y en contra de los hermanos Bernard un monto de U\$984,800.00.- por la distribución de 4.924 productos de Sonicview.

Por último, el tribunal otorgó una restricción permanente en contra de los demandados en los siguientes términos: a) manufacturar, importar, ofrecer al público, o cualquier otra forma de tráfico de receptores Sonicview, software o cualquier tecnología que pueda ser utilizado para la violación de los sistemas de seguridad de los demandantes o la interceptación de su señal; b) violar o asistir

a otros para violar los sistemas de seguridad , o bien el interceptar o ayudar a otros a interceptar la señal de los demandantes; c) testear, analizar, manipular, extraer códigos, datos o información de los receptores satelitales de los demandantes, smart cards, datos de satélite o cualquier otro de los sistemas de seguridad. Además se ordenó la destrucción de todos los receptores de Sonicview y sus dongles, que se encontraran en su posesión.

La causa aún no tiene un fallo definitivo, ya que al ser reciente aún existen instancia para discutir el fallo, es así como este fue apelado por Sonicview y sus dueños, siendo tramitado actualmente en el *Ninth Circuit Court of Appeals*, bajo el case no.12-57058.

a.4) Dish Network v. Robert Ward.⁷²

Este juicio se inició en marzo del año 2008, cuando las empresas Dish Network, EchoStar Technologies y NagraStar demandaron a Robert Ward, quien se dedicaba a ofrecer softwares que se utilizaban en los decodificadores satelitales FTA, para que estos pudiesen descifrar las señales satelitales de pago que Dish provee a sus usuarios.

⁷² United States District Court for the Middle District of Florida Tampa Division (2010): case no. 8:08-cv-00590, January 8, 2010.

Los demandantes pudieron probar que Ward, usaba distintos apodos o usuarios de nombre ficticio para ingresar a foros de comunidades de piratería FTA, todo esto en páginas de internet, y de esta forma ofrecía los archivos de software que permitían violar las normas de seguridad que Dish implementaba, para transformar un decodificador FTA en un decodificador pirata que permitiría captar la señal de pago del demandante. Los apodos que pertenecían a Ward eran “Thedssguy” y “Veracity”, con los cuales publicó un aproximado de 47 archivos de software piratas, los cuales fueron descargados por los usuarios de estos foros un gran número de veces.

El tribunal determinó que el demandado violó lo establecido en las normas del título 17 U.S.C. § 1201 (a)(2) y título 47 U.S.C. § 605 (e)(4). La primera norma fue quebrantada debido a que el demandado ofrecía y proveía por medio de internet las herramientas tecnológicas –software piratas- para infringir las medidas de seguridad de Dish, lo que es una violación clara a la ley *Digital Millennium Copyright Act*, inclusive se probó que el software no tenía ninguna otra utilidad comercial o uso, que el de habilitar a los decodificadores FTA para captar la señal encriptada.

En cuanto a la violación de la *Communications Act* -título 47 U.S.C. § 605 (e)(4)-, el tribunal estableció un precedente importante a destacar, y es que la defensa del demandado intentó desvirtuar la norma al considerar que un software pirata no se podía considerar como un “dispositivo o equipo

electrónico, mecánico o de otro tipo”, pero la corte determinó que esto no era correcto, ya que dentro de los términos “dispositivo” y “equipo” se encontraría contemplado los software, es más el tribunal tomo en cuenta la definición de la sección § 153 (45) –hoy (52)- del mismo título que define lo que se entiende por Equipo de Telecomunicaciones (*Telecommunications equipment*) y que textualmente dice que se incluyen los software. Se logró demostrar que el demandado tenía pleno conocimiento que el software que entregaba era herramienta necesaria para la adulteración de los receptores satelitales, y así lograr captar la señal de Dish.

Respecto a las indemnizaciones, el tribunal concluyó que la *Digital Millennium Copyright Act* era la norma más relevante según los hechos del caso, por lo cual en base a ésta se determinaron los montos, ya que no está permitido condenar dos veces por una misma acción. Como ya hemos visto, los montos a indemnizar por esta norma empiezan en los U\$ 200.00.- hasta los U\$ 2,500.00.- por cada violación, y en este caso se estableció el mínimo por un total de 255.741 violaciones –cada descarga de software constituía una violación-, por lo cual se condenó a Ward al pago de U\$51,148,200.00.-.

Por último, el tribunal estableció una restricción permanente en contra de Ward para que éste no pueda en el futuro: i) crear o distribuir cualquier forma de tecnología que este diseñada para, su principal uso sea, o sea ofrecida como herramienta de violación de los sistemas de seguridad de DISH, o cualquier

tecnología que permita la interceptación de la programación de DISH; ii) violar o interceptar sistemas de seguridad de DISH o su señal, o asistir a cualquier otra persona en lograr ese objetivo.

b) DirecTV, Inc.

Es el competidor de Dish Network y uno de los más grandes proveedores de televisión satelital con presencia en Estados Unidos y América Latina, ofreciendo televisión directa vía satélite a sus usuarios, ya sea mediante el pago mensual por el servicio o por la modalidad pagar por ver (Pay Per View).

En el caso de DISH, analizamos diferentes situaciones en que los demandados fueron sancionados, como lo son aquellos importadores, proveedores o distribuidores de los receptores satelitales o dongles, además del caso de Robert Ward quien publicaba en foros los software para adulterar decodificadores FTA, por lo cual ahora buscaremos analizar otras situaciones no contempladas anteriormente.

b.1) DirecTV, Inc. v. Scott Webb⁷³

En mayo del año 2003, DirecTV demandó a Scot Webb por un gran número de actos de piratería, tanto en la decodificación de señales de televisión satelital como en la adulteración de receptores satelitales.

Todo empezó con la compra de un dispositivo de DirecTV por parte de Webb, en el año 1999, el cual nunca activo para su correcto funcionamiento. Posteriormente, entre los años 2000 y 2001, el demandado compró 57 dispositivos para el acceso pirata de señal de televisión satelital, enterándose DirecTV por medio de una investigación de los proveedores de piratería por internet.

El modo de piratería que utilizó el demandado fue la clonación de la smart card, con lo cual podía acceder a descifrar la señal de DirecTV sin su autorización, al no poseer contrato o no pagar por ver.

La Corte de Distrito consideró que el demandado Webb, era culpable de cometer un acto de recepción de señal ilegal, violando la norma del título 47 U.S.C. § 605(a), condenándosele a pagar \$1,000.00.- por 57 violaciones de interceptación de señal según la norma del título 18 U.S.C. § 2511(1)(a), y \$

⁷³ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (2008): case no. 04-56847, 04-56913. September 25, 2008.

123,700.00 por 1.237 días en que intercepto la señal infringiendo la norma; y una violación por la modificación de la tarjeta de acceso que quebranta la norma del título 47 U.S.C. § 605(e)(4), debiendo pagar \$ 10,000.00; ambas partes apelaron a este fallo.

La Corte de Apelaciones del Noveno Distrito –la cual confirmó en parte el fallo y revocó en otra-, analizó las normativas y señaló que si bien en el título 47 U.S.C. § 605(a) no se hace referencia a las señales satelitales, estas si se encuentran protegidas por la norma; también se determinó que por el solo hecho de poseer un dispositivo de acceso pirata no se constituiría la violación de las normas, sin embargo la Corte de Apelaciones presume que al poseer todos aquellos dispositivos que permiten la interceptación, si se estaría constituyendo el delito que determina la normativa, ya que el demandado tenía un dispositivo de DirecTV en su hogar, y considerando las 57 adquisiciones de dispositivos piratas para el acceso a la señal, que no pudo justificar, hacen llegar a la conclusión de que este cometía un ilícito. Inclusive se presentó como prueba, un llamado de la pareja del demandado a DirecTV reclamando por un desperfecto en la señal y servicio –siendo que no existía contrato alguno entre las partes-, el mismo día que la empresa tomo como medida antipiratería el emitir una señal para inhabilitar los decodificadores piratas. Todo lo anterior fue suficiente prueba para la Corte de Apelaciones del Noveno Distrito, y confirmó que el demandado violó las normas de los títulos 47 U.S.C. § 605(a) y 18 U.S.C. § 2511(1)(a).

En cuanto al número de infracciones, la Corte de Distrito consideró que el demandado había cometido 57 violaciones de la norma § 2511(1)(a), pero la Corte de Apelaciones desestimó esta situación al decir que solamente se cometió una violación, ya que si bien el demandado contaba con 57 dispositivos de acceso pirata, solo contaba con un receptor de DirecTV, y únicamente con éste podía recepcionar la señal satelital, sin embargo, esto no afectaría la evaluación de los daños a pagar, al ser considerados los días en que se cometió la violación y no el número de violaciones. Esta misma línea argumentativa se debe aplicar para la infracción de la norma § 605(a).

Respecto de la violación a la norma § 605(e)(4), se consideró por la Corte que conoció la apelación, que esta no procede, toda vez que en el caso DirecTV, Inc. v. Huynh, se determinó que no aplicaba la norma para el usuario final (aquel que usa el dispositivo para su uso personal y no para la venta o distribución a un tercero), estableciéndose un precedente.

b.2) DirecTV, Inc. v. David Barczewski.⁷⁴

⁷⁴ United States Court of Appeals for the Seven Circuit (2010): case no. 06-2219, 06-2221. May 13, 2010.

El presente caso se inicia mediante la demanda de DirecTV en contra de David Barczewski y Jonathon Wisler, por la interceptación de señal satelital de televisión sin la autorización del demandante, y por ayudar a otros a acceder a ésta por medio de un foro de usuario –denominado “Pirate’s Den”- en una página web.

Con la prueba presentada en juicio, la Corte de Distrito condenó a ambos demandados, a Wisler por interceptación de señal encriptada satelital de DirecTV sin su autorización y a Barczewski por la adulteración de dispositivos asistiendo a otros en el robo de señal de televisión satelital. Si bien los dispositivos utilizados eran legales, estos se utilizaban para medios ilegales, y es que no le bastó a Wisler argumentar que él mantenía un contrato con DirecTV, ya que luego de haber obtenido la *smart card* procedió a disminuir el monto de su plan, para luego adulterar el decodificador, y así lograr acceder a más programación de la que le corresponde por su plan.

En cuanto a los argumentos de la defensa, estos en su mayoría apuntaban en que DirecTV no sufría agravio alguno por la interceptación ilegal de la señal, por ende no era sujeto activo para pedir indemnización alguna, pero la Corte se encargó de desecharlo con una serie de jurisprudencia que favorecía a DirecTV, entre ellas la sentencia analizada anteriormente, determinando que sí es una persona agraviada en cuanto a los ilícitos establecidos en los títulos 18 U.S.C. §2511 y 47 U.S.C. §605.

Finalmente, la Corte de Distrito ordenó a cada uno de los demandados a pagar lo siguiente: (i) respecto de Barczewski, se le condenó a pagar un total de U\$ 44,000.00.-, ya que se le aplicó una multa de U\$ 10,000.00.- por cada dispositivo (4 en total) y U\$ 1,000.00.- por cada interceptación de señal. (ii) a Wisler se le aplicó una condena de U\$ 43,500.00.- en base a U\$ 100.00.- por cada día de interceptación de señal (18 U.S.C. §2520(c)(2)).

La Corte de Apelaciones decidió confirmar la sentencia en cuanto a la condena de Barczewski y revocar lo pertinente a Wisler, esto en cuanto a la interpretación de la norma, la cual no es relevante para el presente trabajo.

3.2.5. Conclusiones.

A lo largo de este capítulo, pudimos analizar las normas legales que ha dictado Estados Unidos para el combate de la piratería satelital y como se han aplicado las mismas por los tribunales, pudiéndose apreciar resultados totalmente favorables para aquellos que buscan la persecución de estos delitos.

De acuerdo a esto podemos sacar las siguientes conclusiones:

a) Estados Unidos cuenta con una legislación capaz de contrarrestar la piratería de la televisión de pago, contando con tres leyes de carácter federal, la

Wiretap Act o *Electronic Communications Privacy Act*, la *Communications Act*, y la *Digital Millennium Copyright Act*, todas analizadas anteriormente, logrando aplicarlas de manera exitosa y estableciendo precedentes de suma importancia.

b) Las normativas analizadas pueden denominarse pro empresa, ya que buscan la protección a los proveedores de televisión paga y creadores de los softwares.

c) Las legislaciones analizadas establecen las siguientes conductas como ilícitos: toda persona que intencionalmente intercepte, o haga los intentos de interceptar para sí o a favor de un tercero cualquier señal, mediante el uso de un dispositivo (*Wiretap Act*); aquel que manufacture, ensamble, modifique, importe, exporte, venda o distribuya, e inclusive a aquellos que adulteran el decodificador en sí mismo para que puedan descifrar las señales deseadas, siendo sancionables las acciones anteriores, cuando aquel que las cometa tenga el conocimiento o suponga de que el dispositivo es la herramienta para descifrar señales de programación satelitales (*Communications Act*); la fabricación, importación, ofrecer al público, proporcionar o de cualquier otra forma, cualquier tecnología, producto, servicio, dispositivo, componente o parte de este, que este diseñado con el fin de evadir las medidas tecnológicas que controlan el acceso a los materiales que se desea proteger (*Digital Millennium Copyright Act*)

d) Ahora bien, de esta legislación podemos rescatar la amplitud de los tipos que en ella se incluyen, que por cierto y como ya hemos señalado es una de las carencias que tiene nuestra regulación.

3.3 Análisis de la normativa y jurisprudencia en Canadá.

La razón principal para analizar este país, es que al ser un país limítrofe con Estados Unidos, se produce un efecto muy curioso, el cual se llama efecto de “derrame satelital”, consistente en lo siguiente: cuando un satélite provee una señal a un mercado determinado, es probable que aquellos sectores cercanos territorialmente puedan recibir también esa señal, situación que se produce entre Estados Unidos y Canadá, lo que da pie para que el mercado negro y el mercado gris de la televisión satelital puedan desarrollarse.

El mercado negro o ilegal, se produce cuando “el distribuidor o productor de una mercancía o servicio carece de todo o algún derecho de parte del Estado y/o el productor o distribuidor para realizar estas mismas actividades”⁷⁵; y el mercado gris es aquel en que la mercancía “es vendida fuera del mercado de

⁷⁵ JASA SILVEIRA, GRACIELA y FRÍAS ARMENTA, MARTHA. 2004. “El mercado gris de televisión por satélite: Análisis comparativo de México y Canadá”. Revista Mexicana de Estudios Canadienses (8). Página 170.

distribución para el cual fue fabricado o distribuido”⁷⁶, por lo cual ésta no se encontrará regulada por las leyes en donde se comercializará, “la ganancia de los distribuidores no autorizados radica en que los mismos o similares productos autorizados son más caros, son de distinta calidad, o simplemente no son vendidas en su mercado”⁷⁷, siendo una mercancía legal dentro del país a la cual se destinó su comercialización, pero no en el que definitivamente se comercializa.

Es por esta razón, que nos llamó la atención analizar Canadá, país que se ha tenido que enfrentar a estos dos mercados, el negro de aquellos decodificadores adulterados-no legales, y el gris de aquellos decodificadores de proveedores de televisión satelital de Estados Unidos (inclusive se le paga al proveedor de la señal), que son comprados en dicho país por algún residente de Canadá, pero utilizados en este último, no estando permitido que funcione dicho dispositivo, puesto que existen solo dos empresas autorizadas por la Comisión Canadiense de Radio y Telecomunicaciones para entregar el servicio de televisión satelital, las cuales son Bell ExpressVu (ahora Bell TV) y Star Choice.

Pero inclusive no solo se ha producido el mercado negro respecto de las señales de televisión de las empresas señaladas, si no que respecto de la

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ Ibid.

misma señal de los proveedores de Estados Unidos, ya que la programación de la televisión canadiense al estar regulada por la Comisión, no es de la total satisfacción para algunos canadienses, quienes buscan en las señales de televisión satelital de Estados Unidos, lo que no es entregado por los servidores de su país.

Existen dos normativas que regulan la piratería de la televisión satelital, estas son la *Canadian Radiocommunication Act* y el *Canadian Criminal Code*, procediendo a continuación a analizar ambas.

3.3.1. Canadian Radiocommunication Act.

La presente ley se encarga de regular las telecomunicaciones en el país, dictada en 1985, siendo su última modificación en el mes de julio del año 2007.

Se compone de 18 secciones, siendo dos las que nos importan para el presente análisis, estas son la sección 9 número 1 letra c, y la sección 10 número 1 letra b, ambas dentro el título “Infracciones y Castigos”.

La sección 9 número 1 letra c establece lo siguiente:

9. (1) *No person shall*

(c) decode an encrypted subscription programming signal or encrypted network feed otherwise than under and in accordance with an authorization from the lawful distributor of the signal or feed;

Mediante esta norma, lo que se persigue es que ninguna persona pueda decodificar una señal encriptada de programación que solo se obtendría por la modalidad de suscripción, sin la autorización del distribuidor autorizado para transmitirla o del dueño mismo de esta, con lo cual se protegería del mercado negro y gris las señales de Canadá.

Respecto de esta sección, surgió una discusión en cuanto a las señales que se recibían por el efecto del fenómeno “derrame satelital”, consistente en si las señales extranjeras eran protegidas por la normativa o no, es decir, si las señales de Estados Unidos que eran recibidas en Canadá eran protegidas por la norma antes transcrita. Esta discusión fue zanjada por la Suprema Corte de Canadá⁷⁸, al fallar en el caso *Bell ExpressVu vs Rex* –el cual será analizado más adelante-, que sí se encontraban protegidas las señales satelitales extranjeras en esta norma, por lo cual ningún residente del país puede decodificar estas señales sin la autorización correspondiente, sea cual fuese su procedencia.

⁷⁸ Necesario señalar que el sistema legal de Canadá es el *common law*.

En relación a la sección 10 número 1 letra b, ésta consagra lo siguiente:

10. (1) Every person who

(b) without lawful excuse, manufactures, imports, distributes, leases, offers for sale, sells, installs, modifies, operates or possesses any equipment or device, or any component thereof, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the equipment, device or component has been used, or is or was intended to be used, for the purpose of contravening section 9,

Con la presente norma, se busca sancionar a aquellos que manufacturen, importen, distribuyan, ofrezcan en venta, vendan, instalen, modifiquen, opere o posea cualquier equipo o dispositivo, o cualquier componente que se infiera que ese equipo, dispositivo o componente puede ser utilizado, fue utilizado o su destino es ser utilizado en la descryptación de una señal según lo establecido en la sección anteriormente analizada, lográndose con esto castigar cualquier tipo de participación dentro de la piratería de la señal de televisión satelital.

Finalmente, la sección 18 (1)⁷⁹, establece que la Corte competente conocerá de la demanda y acción indemnizatoria que solicite el afectado por alguna de las conductas descritas en las secciones ya analizadas.

3.3.2. Canadian Criminal Code.

El Código Criminal de Canadá consagra ciertos delitos, sus sanciones y procedimientos, sin embargo, existen varios delitos que se encuentran en leyes independientes a este. Su primera versión fue publicada en el año 1892, siendo su última modificación en el mes de mayo del año 2013.

Son dos las secciones que regulan la piratería satelital, ambas encontrándose en el parte novena del Código, titulada “Ofensas contra los derechos y la propiedad”, estas son las secciones 326 y 327.

La sección 326, tiene como título el “robo de servicios de telecomunicaciones”, siendo de importancia para este trabajo su número 1 letra b, la cual establece:

⁷⁹ “may, where the person has suffered loss or damage as a result of conduct that is contrary to [paragraph 9\(1\)\(c\), \(d\) or \(e\)](#) or [10\(1\)\(b\)](#), in any court of competent jurisdiction, sue for and recover damages from the person who engaged in the conduct, or obtain such other remedy, by way of injunction, accounting or otherwise, as the court considers appropriate”.

Theft of telecommunication service

326. (1) *Every one commits theft who fraudulently, maliciously, or without colour of right,*

(b) uses any telecommunication facility or obtains any telecommunication service.

Esta norma, tipifica como robo aquel que fraudulentamente, maliciosamente, o sin pretexto de derecho alguno, utiliza cualquier servicio de telecomunicaciones u obtenga cualquier servicio de telecomunicaciones, mientras que en su número 2, define que se entenderá por telecomunicaciones⁸⁰.

La segunda sección señalada es la 327, pero para el presente trabajo, solamente es relevante analizar su número 1; esta sección se encuentra bajo el título “Posesión de dispositivo para obtener la instalación o un servicio de telecomunicaciones”, y consagra lo siguiente:

⁸⁰ La define como cualquier transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes o sonidos o información de cualquier naturaleza, ya sea por cable, radio, sistema electromagnético, visual o de otro tipo.

Possession of device to obtain telecommunication facility or service

327. (1) *Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies on him, manufactures, possesses, sells or offers for sale or distributes any instrument or device or any component thereof, the design of which renders it primarily useful for obtaining the use of any telecommunication facility or service, under circumstances that give rise to a reasonable inference that the device has been used or is or was intended to be used to obtain the use of any telecommunication facility or service without payment of a lawful charge therefor, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.*

Esta sección, muy parecida a la sección 10 número 1 letra b) de la *Radiocommunication Act* ya analizada, sanciona a quien manufacture, tenga en su poder, venda u ofrezca a la venta, o distribuya cualquier instrumento o dispositivo o cualquiera de sus componentes, el diseño que lo hace útil para obtener el uso de cualquier instalación o servicio de telecomunicaciones, y se pueda inferir que ha sido utilizado o se va a utilizar para obtener señales de

telecomunicación sin pagar el cargo legal que se cobre por el servicio. Se diferencian ambas en que bajo esta sección se sanciona también a quien facilite el diseño de la adulteración, y además lo que se castiga es el obtener el uso de cualquier instalación o servicio de telecomunicación sin el pago legal de ello, siendo esta conducta un delito grave y condenable con una pena no mayor a dos años de prisión.

3.3.3 Jurisprudencia

Ya analizadas las diferentes normas aplicables a la piratería de televisión satelital en Canadá, y los dos tipos de mercados ilegales existentes –mercado negro y gris-, podemos pasar a revisar la jurisprudencia de este país.

a) Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex.⁸¹

El presente caso, es emblemático para el combate del mercado gris, y es que gracias a este fallo se logró zanjar de una vez por todas el ámbito de

⁸¹ Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex (2002): Case nro. 28227, April 26, 2002. <<http://canlii.ca/t/51s6>> [consulta: 25 de septiembre del año 2013].

aplicación de la sección 9 número 1 letra c de la *Radiocommunication Act*, es decir, si esta norma aplicaba o no a señales emitidas por satélites extranjeros que se captaban en Canadá o solo para aquellas señales emanadas de distribuidores autorizados por este país.

El demandado -Richard Rex, quien actuaba como dueño de Can-Am Satellites-, vendía decodificadores de Estados Unidos a usuarios canadienses, siendo estos aparatos capaces de decodificar la programación emitida para dicho país, además de proveer de direcciones de casilla en Estados Unidos a sus consumidores que no tuviesen una, para que de esta forma el proveedor autorizara la decodificación de la señal, razón por la cual fue demandado por la empresa BellExpressVu Limited, que es una de las dos empresas autorizadas para prestar servicios de televisión satelital en Canadá.

La demanda se fundamentó en la norma ya citada, y se solicitó una prohibición permanente en contra de los demandados de no asistir a usuarios canadienses en suscripción y decodificación de programación proveniente de proveedores de televisión satelital de Estados Unidos, solicitud que fue rechazada por el tribunal al interpretar que la norma solo aplicaba para el robo de señales de distribuidores autorizados de Canadá y no para aquellas suscripciones canadienses a señales de distribuidores fuera del país. Ante este escenario adverso se llegó hasta la Suprema Corte de *British Columbia*.

Existe una larga discusión dentro del fallo que no tiene relevancia con el presente trabajo, ya que se analiza cual fue la intención del Parlamento al dictar la norma y la gramática de la norma, lo que sí es relevante para analizar es que se revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de *British Columbia*, concediendo lo solicitado por la parte demandante y estableciendo que la sección 9 (1)(c) de la *Radiocommunication Act* se aplica a cualquier señal, por lo cual se crea una prohibición de toda decodificación de cualquier señal que no cuente con las autorizaciones correspondientes, independiente de su procedencia.

b) DirecTV, Inc. v. Daryl Gray.⁸²

En el presente caso, el principal acusado es Daryl Gray, quién directamente o a través de una empresa, era el operador de distintos sitios webs que tenían en común la televisión satelital y la piratería. El día 24 de junio de 2003, DirecTV obtuvo una medida cautelar en contra del demandado de cerrar por 30 días sus sitios webs y una **Anton Piller order**⁸³, esto en base a una investigación realizada por DirecTV que encargó a la empresa King-Reed &

⁸² DirecTV, Inc. v. Daryl Gray (2003): Case nro. S033413, July 23, 2003. <<http://canlii.ca/t/4rqc>> [consulta: 25 de septiembre del año 2013].

⁸³ Es una orden judicial preventiva que solicita el demandante, para que el acusado le permita el acceso a sus instalaciones, con el fin de buscar evidencia vital para las pretensiones de la futura demanda, debiendo existir un peligro de destrucción de la evidencia.

Associates. En dicha investigación se descubrió que los sitios webs www.pirateden.com y www.dsschat.com, eran controlados y administrados por el acusado, haciéndose un detallado análisis de las prestaciones que ofrecía cada sitio web para usuarios comunes y aquellos que cancelaban una mensualidad. Entre los contenidos que se encontraron existían tutoriales para usar software piratas, instrucciones de como programar las tarjetas, software especializados para la adulteración de las tarjetas y recibir la señal de DirecTV sin pago alguno, foros para intercambiar información, contenido sobre las medidas tomadas por DirecTV para combatir la piratería, entre otras cosas; además se encontró en su domicilio la instalación de un dispositivo en el cual se podía ver DirecTV, encontrándose éste claramente adulterado, además de varias smart card adicionales.

Otra forma de ganar dinero por parte de Gray, era mediante la publicidad, ya que estos sitios web eran muy conocidos en el ambiente de la piratería, por lo cual otros que ofrecían a la venta dispositivos satelitales y productos afines, pagaban una mensualidad para que un banner⁸⁴ de su sitio apareciera en la página web del acusado.

En una declaración del propio demandado, este explica que en sus inicios fue un vendedor del mercado gris, comprando decodificadores para la televisión

⁸⁴ Es una forma de publicidad online, en la cual se introduce una gráfica dentro de otro sitio, haciendo clic en esta gráfica se redirección al usuario a este nuevo sitio web.

satelital de Estados Unidos o entregando casillas a consumidores canadienses para que ellos adquirieran el producto, hasta que la Corte Suprema decretó que dicha actividad era ilegal. Luego de este suceso se enfocaría en la administración de las páginas webs ya señaladas, la segunda de ellas la crearía debido al éxito de visitas que tenía su primera página, y la gran cantidad de usuarios que albergaba.

Ya en el año 2000, DirecTV por medio de sus abogados, empezó a comunicarse con el acusado para que detuviese los sitio webs y los diera de baja, siendo lo de mayor preocupación para los demandantes el ofrecimiento de dispositivos que permitían el robo de señal y los software que promocionaba para adulterar las tarjetas y obtener las señales sin pago alguno. Luego de dictado el fallo **Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex** –ya analizado-, el acusado quito de la página web los banners de publicidad y la descarga de los software, hecho que duraría poco tiempo, ya que luego volvería a publicar banners, inclusive envió un mensaje privado a los usuarios del foro para avisar que nuevamente se permitiría la descarga de archivos, pero que no serían subidos por él.

Los representantes de DirecTV le propusieron a Gray un acuerdo, pero este no aceptó, por lo cual el 24 de junio de 2003 se presentó la demanda por violación a la Canadian Radiocommunication Act., en especial sus secciones 9 y 18, obteniendo las medidas ya señaladas. Un aspecto a destacar, es que

dentro de la demanda, no se pone al acusado como un cómplice en la venta de dispositivos para la piratería, pero si como aquel que promociona la descarga de software para realizar la modificación de las smart card.

El acusado, intentó que el tribunal desestimara lo solicitado, alegando que la Canadian Radiocommunication Act solo protegía las señales canadienses, sin embargo, dicho argumento no fue válido, toda vez que fue zanjado totalmente este tema por la Corte Suprema en el caso ya analizado anteriormente. Además Gray alegó que las medidas prejudiciales tomadas por el tribunal en su contra no eran necesarias ya que existía una comunicación constante entre las partes, lo cual fue un razonamiento equivocado ya que éstas si eran de gran relevancia debido a la naturaleza de la prueba, tratándose de un medio electrónico que puede removerse y eliminar con facilidad.

Finalmente, el presente litigio se resolvió mediante un acuerdo entre las partes, pero originó otros juicios con la información obtenida contra terceros, como por ejemplo aquellos que ofrecían dispositivos piratas en la página del acusado.

c) Her Majesty The Queen v. Jacques D'Argy.⁸⁵

El presente caso es en contra de Richard Thériault y Jacque D'Argy, el cual se llevó a cabo por hechos ocurridos en el año 1998, quienes ofrecían a la venta de forma ilegal el servicio de televisión satelital sin necesidad de pagar una mensualidad o suscripción, permitiéndose la decodificación de señales de pago emitidas por la empresa estadounidense DirecTV. En relación a la prueba presentada en su contra, se encontraron en su poder tres tarjetas *smart card*, dos decodificadores de marca RCA, ambos modificados para decodificar señales de pago de televisión satelital, documentos relacionados a la piratería de la televisión satelital y de decodificadores, y por último en cada uno de sus domicilios, se encontraron decodificadores para uso propio.

El 17 de Diciembre del año 1998, un funcionario de la *“Film & Security Office of the Canadian Motion Picture Distributors Association”* compró a los acusados una antena parabólica y una *smart card*, quienes le explicaron su funcionamiento y que dentro de tres meses la *smart card* debía ser reprogramada⁸⁶.

⁸⁵ DirecTV, Inc. v. Daryl Gray (2006): Case nro. 500-10-003160-056, September 26, 2006. <<http://canlii.ca/t/1pxv9>> [consulta: 25 de septiembre del año 2013].

⁸⁶ Con esto podemos apreciar que el método de piratería utilizado era el de clonación de la *smart card*.

Dentro del mismo juicio se llamó a Jeffrey Kilfoyle, quien es trabajador de NDS America Inc. -quienes venden la tecnología y smart card a DirecTV- para dar su declaración como experto en la materia; inclusive las tarjetas que comercializaban y tenían los acusados eran producidas por esta empresa, las cuales estaban destinadas sólo para el mercado estadounidense, siendo modificadas para permitir la recepción de la programación de DIRECTV sin autorización ni pago de ninguna tasa, siendo claramente pirateadas.

Por estas razones fueron acusados Richard Thériault y Jacque D'Argy de infringir las secciones 10 (1)(b) y 9 (1)(c) de la Canadian Radiocommunication Act. El juez Côté de la Corte de Quebec, admitió que se había probado –más allá de toda duda razonable- que los acusados estaban en posesión de equipos que les permitía o habría permitido decodificar señales de pago de televisión satelital emitidas por el proveedor DirecTV, cometiendo los delitos de las secciones ya señaladas, pero sorprendentemente los absolvió de éstos, al decir que la libertad de expresión de ellos era por sobre estos delitos, al violar lo establecido en el párrafo 2 (b) de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades.

Ante este fallo adverso, se interpuso el recurso correspondiente para que la Corte Suprema conociera del asunto, instancia en la cual se consideró que el juez Côté cometió un error en fallar de esa forma, no ponderando la prueba de forma correcta y cometiendo un error de derecho, por lo cual la Corte Suprema

encontró culpable de los delitos imputados a los dos acusados y ordenó devolver los antecedentes para la dictación de una sentencia adecuada.

El 26 de septiembre del año 2006 se dictó la sentencia definitiva del caso, en la cual se condenó a los acusados de cometer los delitos establecidos en las secciones 10 (1)(b) y 9 (1)(c), por la piratería de la señal de televisión satelital de DirecTV y los dispositivos encontrados en sus hogares.

3.3.4. Conclusiones.

Analizada las normas y la jurisprudencia, hemos podido apreciar la particularidad del mercado canadiense, al tener que preocuparse tanto del mercado negro como del mercado gris, pero que gracias a las normas dictadas por las autoridades y la interpretación que los jueces han realizado de éstas, se ha podido combatir ambos mercados, con resultados favorables para aquellos que combaten la piratería de la televisión satelital.

De acuerdo a esto podemos sacar las siguientes conclusiones:

a) Canadá cuenta con una legislación capaz de contrarrestar la piratería de la televisión de pago, tanto el mercado negro como el mercado gris, contando

con dos leyes importantes para este objetivo, la Canadian Radiocommunication Act y la respectiva sección dentro del Canadian Criminal Code, logrando aplicarlas de manera exitosa.

b) Las normativas analizadas son totalmente pro-empresa, es decir se busca la protección a los proveedores de televisión paga y los creadores de los softwares.

c) Las legislaciones analizadas establecen las siguientes conductas como ilícitos: aquel que fraudulentamente, maliciosamente, o sin pretexto de derecho alguno, utiliza cualquier servicio de telecomunicaciones u obtenga cualquier servicio de telecomunicaciones sancionando; aquel que manufacture, tenga en su poder, venda u ofrezca a la venta, o distribuya cualquier instrumento o dispositivo o cualquiera de sus componentes, el diseño que lo hace útil para obtener el uso de cualquier instalación o servicio de telecomunicaciones, y se pueda inferir que ha sido utilizado o se va a utilizar para obtener señales de telecomunicación sin pagar el cargo legal que se cobre por el servicio.

d) En cuanto a la pregunta sobre si es posible trasladar a nuestro país la legislación de Canadá, la respuesta sería afirmativa, ya que sería posible tipificando cada una de las conductas señaladas en las normas ya analizadas, e incluyendo éstas en los cuerpos legales correspondientes.

3.4 Análisis de la normativa y jurisprudencia en España.

Ya hemos analizado los casos de Uruguay, Estados Unidos y Canadá; el primero, para poder apreciar como se está combatiendo la piratería en nuestra región -Sudamérica-; el segundo por existir un Tratado de Libre Comercio que se firmó con nuestro país y su importancia como mercado y economía mundial; y el último por el fenómeno que se da respecto del mercado negro y mercado gris con Estados Unidos; el último país que hemos seleccionado para analizar es España, debido a su ubicación geográfica y que este es parte de la Unión Europea, de esta forma podremos analizar las medidas tomadas tanto por la Unión Europea como por España para el combate de la piratería de la televisión satelital.

España ingresó a la Unión Europea en el año 1986, y ya en el año 1999 pasó a estar dentro de la zona euro, por lo cual analizaremos las medidas tomadas por esta comunidad en contra de la piratería y la normativa interna del país, para luego revisar su jurisprudencia.

3.4.1 Código Penal de España.

El Código Penal de España consagra una serie de artículos que protegen la piratería de la televisión satelital, lo que ha ayudado a la persecución de esta conducta ilegal.

Es necesario mencionar, que en el año 2003 se produjo la denominada reforma tecnológica, la cual se llevó a cabo mediante la Ley Orgánica 15/2003 del 25 de Noviembre de dicho año, que vino a modificar el Código Penal, lográndose con esta nueva ley una mayor protección de la televisión satelital. En el mensaje de dicha ley se destaca en su punto III que “**e)** Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son objeto de una agravación de la pena y, en todo caso, de la mejora técnica de su tipificación, de acuerdo con la realidad social, la configuración del tipo delictivo y su repercusión en la vida económica y social. Por ello, desaparece también el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio. **f)** Se incorporan las figuras delictivas relacionadas con el acceso a los servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, haciendo una minuciosa regulación de las conductas que atentan directa y gravemente contra la prestación de estos servicios, y castigando la manipulación de los equipos de telecomunicación, como en el caso de los teléfonos móviles. Con ello se trata de dar respuesta a los fenómenos delictivos surgidos en torno al fenómeno de la incorporación masiva de las tecnologías de la información y de la

comunicación a todos los sectores sociales”⁸⁷. En relación a lo anterior, se demuestra la intención de actualizar la normativa ante los nuevos delitos que fueron apareciendo por el avance de la tecnología, necesitando una regulación de forma urgente.

El Código Penal contempla cinco artículos que son utilizados para la persecución de la piratería satelital, los cuales se encuentran en diferentes secciones como son los delitos de estafa, defraudación de fluido eléctrico y analógico, delitos contra la propiedad industrial, contra el patrimonio o contra el mercado y los consumidores.

El primero de estos artículos es el 248.2 letras a) y b), que se encuentra en el capítulo VI titulado “de las defraudaciones” dentro de los delitos considerados como estafa (sección 1º):

Artículo 248.2

También se consideran reos de estafa:

- a) Los que, con ánimo de lucro y valiéndose de alguna manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

⁸⁷ Ley Orgánica Nº 15/2003. Modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Párrafo III. 25 de noviembre 2013.

b) Los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo.

Se tipifica como delito de estafa en su letra a), aquel que con ánimo de lucro y manipulando informáticamente algún dispositivo consiga la transferencia de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro y sin su autorización, en el caso concreto, cualquier manipulación a la smart card, al decodificador o al software de seguridad sería delito de estafa al poder decodificar la señal, siendo esta última el activo patrimonial de los operadores de televisión satelital y que al verse violada sus medidas de seguridad se le está causando un perjuicio (el no recibir el abono). En su letra b) se sanciona a aquellos que entreguen programas informáticos para poder cometer la estafa ya descrita.

En segundo lugar, nos encontramos con el artículo 255, el cual está consagrado dentro del mismo capítulo que el artículo anterior, pero éste se encuentra en la sección 3^o que se titula “De las defraudaciones de fluido eléctrico y análogas”:

Artículo 255

Será castigado con la pena de multa de tres a 12 meses el que cometiere defraudación por valor superior a 400 euros, utilizando energía eléctrica, gas, agua, telecomunicaciones u otro elemento, energía o fluido ajenos, por alguno de los medios siguientes:

1º. Valiéndose de mecanismos instalados para realizar la defraudación.

2º. Alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores.

3º. Empleando cualesquiera otros medios clandestinos.

En relación al artículo descrito se entiende que comete este ilícito aquel que utiliza un medio malicioso-clandestino para realizar la defraudación, es decir, está destinado a sancionar al usuario final, aquel que a sabiendas utiliza una *smart card* o un decodificador adulterado.

En tercer lugar, cabe mencionar el artículo 623, el cual tiene directa relación con el artículo anterior, y es que en su número 4 se sanciona como falta la estafa, defraudación o apropiación indebida que no supere los 400 euros:

Artículo 623

Serán castigados con localización permanente de cuatro a 12 días o multa de uno a dos meses:

4. Los que cometan estafa, apropiación indebida, o defraudación de electricidad, gas, agua u otro elemento, energía o fluido, o en equipos terminales de telecomunicación, en cuantía no superior a 400 euros.

El siguiente artículo de nuestro interés -270- , se encuentra en el Capítulo XI del Código Penal, y en éste se regulan los delitos en contra de la propiedad intelectual, industrial, al mercado y a los consumidores, siendo de importancia para el presente trabajo el número 1 primera parte y el número 3:

Artículo 270.1 primera parte y 3

1. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de 12 a 24 meses quien, con ánimo de lucro y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya o comunique públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, o su

transformación, interpretación o ejecución artística fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

El número 1 primera parte, hace referencia a la protección del contenido en sí, es decir, a lo transmitido en las señales encriptadas, mientras que el número 3, tiene relación con la adulteración en sí misma, en otras palabras, el hackear el software de seguridad e instalarlo, clonar la tarjeta, etc. Se ha discutido respecto de este último número en la doctrina de España, ya que algunos son de la postura que es inadmisibles el penar una conducta que sería preparatoria para cometer el ilícito del número uno con la misma pena, es decir el objeto a

proteger tendría la misma pena que la preparación para infringir este, otros dicen que es una forma de proteger aún más la propiedad intelectual, expandiendo el área de protección de esta misma como es la tendencia de otros países.

El último artículo es el 286, el cual se ubica en el capítulo XI, en la sección 3^o titulada “De los delitos relativos al mercado y a los consumidores”:

Artículo 286

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado

en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2.º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1.º.

2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicación, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlo, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación se le impondrá la pena

prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación.

Este artículo, compuesto de cuatro números, contempla diferentes situaciones. En su primer número, establece como delito la facilitación del acceso al servicio de televisión o se suministre el acceso a éste sin la autorización del proveedor del servicio y con un interés económico. En su apartado 1º se detalla aún más las acciones delictivas, tipificando la conducta de facilitar el acceso o de suministrar los software o dispositivos que permitan la recepción de la señal por medio de la fabricación, importación, distribución, puesta a disposición, entre otras, prohibidos en cualquier Estado parte de la Unión Europea, mientras que en su apartado 2º sanciona a quien instale, preste mantención o sustitución de estos programas o dispositivos. En su número 2, se sanciona la adulteración de los dispositivos o programas para la recepción no autorizada de la señal con ánimo de lucro. En su número 3, se castiga el fraude sin fines de lucro, es decir, a todo aquel que facilite la violación de la seguridad de una señal satelital o el uso de un dispositivo o programa que ayude a lograr dicho objetivo, ya sea en comunidades o entre personas, poniéndose en el caso de compartir programas piratas o instrucciones para piratear la señal de televisión a través de foros de internet. Por último el número 4, sanciona a quien se aprovechó de los programas o dispositivos que comprende este artículo.

En relación a lo anterior, es necesario destacar que el artículo 286 se pone en múltiples situaciones posibles, desde el proveedor, al usuario final e inclusive sobre quienes sin fines de lucro ayuden a otros a cometer el ilícito.

3.4.2 Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea.

La presente directiva fue hecha el 20 de noviembre del año 1998, y tiene “por objeto ofrecer en la UE un nivel mínimo de protección jurídica de los servicios electrónicos de pago contra la piratería, prohibiendo toda actividad comercial de fabricación, distribución y marketing relacionada con tarjetas inteligentes piratas y otros dispositivos que permitan eludir la protección del acceso a servicios de televisión de pago, radio e internet.”⁸⁸ La importancia que adquiere esta Directiva, es que fue el pronunciamiento que la Unión Europea tuvo respecto del tema, buscando que los Estados miembros sancionaran de forma adecuada las conductas ilegales descritas en ella.

⁸⁸ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. 2003. La protección jurídica de los servicios electrónicos de pago. [en línea] <http://ec.europa.eu/internal_market/media/docs/elecipay/com-2003-198_es.pdf>.[consulta el 24 de junio 2013]. Pág. 5.

La Directiva consta de nueve artículos, que van desde el ámbito de aplicación, hechos a condenar, sugerencias de cómo deben ser las sanciones, cómo los Estados miembros deben aplicar esta Directiva, entre otras cosas.

El primer artículo⁸⁹ determina el ámbito de aplicación que tendrá la directiva, para luego en su artículo segundo dar las definiciones básicas a considerar para la aplicación de ésta, como “servicio protegido”, “dispositivo ilícito” o “acceso condicional”; mientras que en su artículo cuarto señala cuales son las actividades que los Estados miembros deben prohibir considerándolas ilícitos:

Artículo 4

Actividades infractoras

Los Estados miembros prohibirán en su territorio cada una de las siguientes actividades:

- a) la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler o posesión con fines comerciales de dispositivos ilícitos;
- b) la instalación, mantenimiento o sustitución con fines comerciales de un dispositivo ilícito;
- c) el uso de comunicaciones comerciales para la promoción de dispositivos ilícitos.

⁸⁹ Artículo 1. Ámbito de aplicación. El objetivo de la presente Directiva es la aproximación de las disposiciones de los Estados miembros relativas a las medidas en contra de dispositivos ilícitos que permiten el acceso no autorizado a servicios protegidos.

En relación a España, cabe señalar que al ser Estado miembro de la Unión Europea, tuvo que implementar las medidas solicitadas por la Directiva, pero en el momento en que la Comisión de las Comunidades Europeas redactó el primer informe, España aún no informaba las medidas nacionales adoptadas, las cuales se tomaron efectivamente el año 2003 con la Ley Orgánica 15/2003, al introducir una variedad de modificaciones acorde a la postura de la Directiva, entre ellas el artículo 286 ya analizado.

3.4.3 Jurisprudencia

Ya analizadas las diferentes normas aplicables a la piratería de televisión satelital en España, podemos pasar a analizar la jurisprudencia de los tribunales de este país.

a) Sentencia Roj SJP 32/2005 Juzgado de lo Penal Palma de Mallorca.

En el presente juicio, el imputado (Carlos Francisco) programaba, fabricaba y utilizaba tarjetas aptas para decodificar la señal de televisión emitida por la

distribuidora de televisión Canal Satélite Digital, para sí mismo y para terceros, encontrándose en su domicilio diferentes dispositivos, como *smart cards*, decodificador de Canal Satélite Digital y otros decodificadores, etc.

Promocionaba sus servicios por medio de una página web de su propiedad, además de dos correos electrónicos. La distribución de dichas tarjetas permitía que los compradores “accedieran a la recepción y visión de los canales encriptados así como a los programas de "pago por visión" emitidos desde la plataforma digital de aquella empresa, sin tener que abonar las cuotas y precios establecidos por la empresa CSD, y sin autorización de la misma”⁹⁰.

Carlos Francisco fue acusado de cometer los delitos de los artículos 270.1 (propiedad intelectual), 255.3 (defraudación de las telecomunicaciones) y 248.2 (estafa), todos del Código Penal. En cuanto a la primera norma, esta fue desechada por el tribunal, ya que las tarjetas y códigos no son amparados por este artículo, al concluirse “que las tarjetas (que al igual que en este caso enjuiciado eran de Canal Satélite Digital) no pueden tener la consideración de "creación original". Como tampoco pueden tenerla de obra literaria, artística o científica lo códigos insertados en las mismas que permiten el acceso a la visión de los canales”⁹¹.

⁹⁰ Sentencia Roj SJP 32/2005 Juzgado de lo Penal Palma de Mallorca. Hechos probados. Único considerando. Pág., 2.

⁹¹ Ibid. Fundamentos de Derecho. Considerando primero. Pág. 3 .

En cuanto al artículo 255.3, el tribunal consideró aplicable la norma, condenándolo un delito de defraudación de las telecomunicaciones, ya que programó las tarjetas para que estas pudiesen decodificar la señal de televisión sin la autorización de Canal Satelital Digital, es decir, de forma ilícita, y por lo tanto, se cumplió con lo estipulado en la norma, usando un medio clandestino (la adulteración de las tarjetas) para recepcionar la señal de televisión satelital (la cual es considerada dentro del término telecomunicaciones), “así pues debe considerarse autor material a quien emplea o utiliza -conecta- esos medios clandestinos sin autorización del legítimo emisor de las señales”⁹².

El último delito que consideró aplicable el tribunal, es el establecido en el artículo 248.2 letra a), que tipifica como estafa, la conducta de aquellos que con ánimo de lucro y utilizando alguna manipulación informática, consiga la transferencia no consentida de un activo patrimonial (la señal de televisión codificada) en perjuicio de otro (Canal Satelital Digital), es así como concluye el tribunal al decir que “el acusado también realizó el tipo penal descrito pues manipulando y pirateando las tarjetas de CSD con los soportes técnicos intervenidos obtuvo fraudulentamente una prestación, un servicio - ver CSD - en condiciones no previstas sin estar abonado, produciendo a la sociedad CSD un perjuicio patrimonial”⁹³.

⁹² Ibid. Fundamentos de Derecho. Considerando cuarto. Pág. 5.

⁹³ Ibid. Fundamentos de Derecho. Considerando quinto. Pág. 6.

Finalmente, el tribunal sanciona a Carlos Francisco como responsable de violar los artículos 255.3 y 248.2, condenándosele a dos años de prisión, inhabilitación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, al pago de las costas y al monto que se determine en la ejecución de la Sentencia por concepto de indemnización a Canal Satélite Digital, la inutilización de las tarjetas y el material requisado. Por otro lado, se le absolvió del delito tipificado en el artículo 270.3.

b) Sentencia Roj SAP A 4850/2011 Audiencia Provincial de Alicante.

El acusado (Alonso), trabajaba como técnico en una empresa dedicada a la venta e instalación de antenas parabólicas, receptores, televisiones, etc. Se efectuó en su domicilio un registro autorizado, hallándose en el lugar discos duros con información y programas computacionales cuya finalidad era adulterar diferentes dispositivos, tarjetas de variados modelos sin adulterar, otras originales de propiedad de Canal Satélite Digital adulteradas, tarjetas piratas ya adulteradas, tres decodificadores, y archivos de contabilidad que dan cuenta de los beneficios económicos que obtuvo por estos servicios fraudulentos. La Audiencia Provincial de Alicante señaló al respecto que “el acusado usaba los efectos e instrumentos anteriormente relacionados, entre ellos los códigos o claves necesarios para acceder a la señal de televisión

digital, los cuales se hallaban incorporados a programas de ordenador de los que se apoderaba a través de internet, para programar él tarjetas no originales, denominadas por ello "piratas", que vendía a terceras personas por un precio indeterminado, en cualquier caso inferior al cobrado por la empresa propietaria de las tarjetas originales, entre ellas la empresa Canal Satélite Digital España, pudiendo estas terceras personas acceder con dichas tarjetas al contenido más amplio ofertado por aquéllas.⁹⁴

En primera instancia, se sanciona al acusado por el delito tipificado en el artículo 270.3, esto es, contra la propiedad intelectual, además de la falta establecida en el artículo 623.4 por estafa de telecomunicaciones, siendo condenado a dos años de prisión y 24 meses de multa, debiendo pagar 10 euros diarios, y absolviéndosele de todos los demás delitos que se le imputaban⁹⁵.

Tanto el acusado como Canal Digital apelaron de la sentencia, en base a la errónea ponderación de la prueba y determinación de los montos a los que fue condenado el acusado. Ante esto, la Audiencia Provincial, luego de analizar dichos recursos, estimó revocar la sentencia de primera instancia que sanciona al imputado por el delito establecido en el artículo 270.3, y en su defecto

⁹⁴ Sentencia Roj SAP A 4850/2011 Audiencia Provincial de Alicante. Considerando primero de los fundamentos de hecho, pág. 3.

⁹⁵ El artículo 286 ya analizado no fue aplicado en este caso, toda vez que entró en vigencia posteriormente a los hechos ocurridos.

condenar a Alonso, como responsable del delito tipificado en el artículo 270.1 (contra la propiedad intelectual), esto en razón de que el acusado promovía la retransmisión de obras sin la autorización de Canal Satélite Digital, quien posee los derechos de explotación de las obras emitidas en su programación. Este tribunal concluye que la acción realizada "no estaría encuadrada en el apartado 3 que tiene por objeto los derechos de propiedad intelectual relativos a "programas de ordenador", lo que no es equivalente a que la lesión del derecho se irroque por medios informáticos, como sucede en este caso y erróneamente ha considerado la Juzgadora de instancia.

Conviene precisar que no es que las tarjetas que denomina "piratas" sean la obra afectada por los derechos de propiedad intelectual ya que en ningún momento se refiere ni acredita que sus dispositivos estén registrados o sujetos a alguna suerte de derecho exclusivo, sino que constituyen el artificio para facilitar la difusión sin las debidas autorizaciones y aun sin conocimiento de los titulares de las obras retransmitidas y que son las que integran el derecho protegido por la norma."⁹⁶. En cuanto a la revocación de la falta del artículo 623.4, la Audiencia Provincial consideró que dentro del juicio no hubo prueba suficiente para probar los perjuicios causados, además de no probar un hecho concreto del uso de las tarjetas adulteradas por parte de Alonso, mismo argumento que se utilizó para los demás delitos de que era acusado.

⁹⁶ Sentencia Roj SAP A 4850/2011 Audiencia Provincial de Alicante, Fundamentos de derecho. Considerando segundo. Pág. 5.

Finalmente, se condenó a seis meses de prisión a Alonso y se dejó sin efecto el pronunciamiento respecto de la responsabilidad civil y montos condenados.

c) Sentencia Roj SAP AV 475/2010 Audiencia Provincial de Ávila.

El acusado don Agapito, era dueño de la empresa Copyplay, la cual se dedicaba a la venta por mayor y menor de productos informáticos. Es mediante el velo de esta empresa, que el acusado ofrecía a través de dos páginas de internet, la venta de decodificadores de televisión satelital, los cuales venían adulterados (software pirata y claves) y podían captar las señales de televisión de las empresas Canal Satélite Digital y Distribuidora de TV Digital. A su vez, el acusado les facilitaba y proporcionaba las instrucciones para la actualización automática de las claves de acceso.

En los meses que duró su funcionamiento, Agapito vendió una gran cantidad de decodificadores (116), con lo cual privó a las proveedoras de televisión –ya individualizados- de potenciales clientes, siendo perjudicadas dichas empresas por una suma aproximada de 28.750 euros, que es lo que hubiesen recibido por las suscripciones a los servicios ofrecidos legalmente.

El Juzgado de Instrucción nº 3 de Ávila, condenó al acusado, considerando que éste cometió el delito continuado de defraudación de las telecomunicaciones, establecido en el artículo 255.3, además de indemnizar a Canal Satélite Digital y Distribuidora de Televisión Digital, por la suma de 28.750 más interés.

Ambas partes apelaron la sentencia. En cuanto a los hechos probados, estos se dieron por reproducidos en su totalidad; el acusado alegó que se le habría impulsado a cometer un delito, por la forma en que los dependientes de los proveedores de televisión y la policía lo habrían descubierto, pero el tribunal desestimó este argumento, “pues no puede considerarse que exista un delito provocado cuando el delito ya existía antes de que se hiciera el pedido por parte de las empresas denunciantes. El recurrente había vendido, sin autorización de esas empresas, cerca de 158 descodificadores.

También se produce el delito de defraudación de telecomunicaciones, pues se utiliza el engaño, utilizando el anagrama de las empresas denunciantes, para hacer creer a los consumidores, compradores de los descodificadores, que el producto era lícito, y lucrándose el acusado de esas ventas, sin autorización de las empresas que comercializan el Canal Plus.”⁹⁷ Además, se encuentra

⁹⁷ Sentencia Roj SAP AV 475/2010 Audiencia Provincial de Ávila .Fundamentos jurídicos. Considerando 2, pág. 4.

presente este ánimo de lucro por parte del acusado, al vender cada uno de los decodificadores por un precio determinado en las páginas webs.

Otro argumento que el acusado estableció en su apelación, fue que nunca se probó que él fuese quien realizaba las adulteraciones, pero el tribunal fue claro en decir que él sabía que estaba vendiendo decodificadores adulterados, a los cuales se le habían introducido claves y software piratas que permitían ver de forma ilegal la señal televisiva de los operadores ya nombrados, además de entregar las instrucciones para actualizar automáticamente las claves de acceso, hechos suficientes para desestimar lo alegado por el acusado.

La sentencia fue confirmada en todas sus partes por la Audiencia Provincial de Ávila, y además se le condenó de las costas producidas en segunda instancia.

d) Sentencia SJPII 1/2003 Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Carballo.

La acusada, doña Concepción, era dueña de una hostelería llamada “Café Bar Abeiro”, en el cual se halló un decodificador de Canal Satélite Digital, y dentro de éste se encontraba una smart card pirateada, mientras que la original se encontraba en un cajón del local. Por el hecho anterior, se solicitó que se

condenara a la acusada por cometer una falta contra el patrimonio, contemplada en el artículo 623.4, y que se le impusiera una multa de dos meses, con una cuota diaria de 100 euros, más una indemnización de hasta 300 euros.

El tribunal determinó condenar a la acusada por la falta cometida, pero en cuanto al monto solicitado por concepto de indemnización este fue rechazado, toda vez que no se probó por cuánto tiempo se utilizó la smart card pirateada ya que programación se accedió gracias a ésta, por ende no se puede conceder la indemnización; en cuanto a la multa, esta se estimó para un periodo de 2 meses, con una cuota diaria de 5 euros, al no conocerse la capacidad económica de la acusada.

3.4.4. Conclusiones.

Ya realizado el análisis de las normas, la Directiva dictada por la Unión Europea y la jurisprudencia de España, podemos señalar las siguientes conclusiones:

a) España cuenta con una legislación capaz de contrarrestar la piratería de la televisión de pago, que se vio reforzada con la reforma realizada el año 2003, a raíz de los solicitado por la Directiva dictada por la Unión Europea,

encontrándose dentro del Código Penal de España las normas respectivas para el combate de este ilícito.

b) Las normativas analizadas son totalmente pro-empresa, es decir se busca la protección a los proveedores de televisión paga, de quienes producen el contenido y de aquellos creadores de los softwares.

c) La legislación española establece las siguientes conductas como ilícitos: aquel que con ánimo de lucro y manipulando informáticamente algún dispositivo consiga la transferencia de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro y sin su autorización; aquellos que entreguen programas para poder cometer lo señalado anteriormente; aquel que utiliza un medio malicioso-clandestino para realizar la defraudación; se establece como delito la facilitación al acceso al servicio de televisión o suministre el acceso a este sin la autorización del proveedor del servicio y con un interés económico; el facilitar el acceso o suministrar los software o dispositivos que permitan la recepción de la señal por medio de la fabricación, importación, distribución, puesta a disposición; sanciona quien instale, preste mantención o sustitución de estos programas o dispositivos; se sanciona la adulteración de los dispositivos o programas para la recepción no autorizada de la señal con ánimo de lucro; se sanciona un fraude sin fines de lucro, a todo aquel que facilite la violación de la seguridad de una señal satelital o el uso de un dispositivo o programa que ayude a lograr dicho objetivo, ya sea en comunidades o entre personas; y por último sanciona a

quien se aprovechó de los programas o dispositivos que se utilizan para la adulteración.

d) En cuanto a la pregunta sobre si es posible trasladar a nuestro país la legislación de España, la respuesta sería afirmativa, ya que sería posible tipificando cada una de las conductas señaladas en las normas ya analizadas, e incluyendo éstas en los cuerpos legales.

3.5. Tabla comparativa.

A continuación, presentamos una tabla comparativa en la cual se incluyen las leyes, artículos, figuras y principios generales de los cuatro países ya analizados a modo de resumen:

PAIS	LEYES	ARTÍCULOS	FIGURA	PRINCIPIOS GENERALES
URUGUAY	Ley N° 17.520 “Uso indebido de señales destinadas a ser recibidas en régimen de suscripción”	Artículo 1	Captación de señales en régimen de abonados,	La totalidad de los artículos de la presente ley, tienen como objetivo el velar por la protección de las empresas y de las señales codificadas. Se protege el ciclo de la piratería en su totalidad, desde la fabricación,
		Artículo 2	Instalación, manipulación o cualquier actividad que facilite la obtención del hecho	

		Artículo 3	típico. Agravantes.	comercialización, manipulación, tenencia, etc.
		Artículo 4	Comercializar decodificadores, artefactos o sistemas que tienden a la obtención ilegal de señales en régimen de suscripción.	
	Ley N° 9.739 “Ley de derecho de autor”	Artículo 5°	Derecho de autor del software de seguridad	Al igual que la ley anterior, su objetivo es la protección de las empresas, al buscar la protección del software de

				seguridad que decodifica las señales encriptadas.
ESTADOS UNIDOS	Wiretap Act o Electronic Communications Privacy Act	18 U.S.C § 2511 sección 1 letra a	Interceptación de señales	Se busca proteger la señal de televisión enviada por el satélite, por lo cual se está protegiendo al operador de televisión, siendo un principio claro pro empresa.
	Communications Act	47 U.S.C. § 605 letra a número 4	Fabricación o comercialización de artefactos tendientes a la obtención ilegal de señal.	Se busca sancionar la producción y venta de los dispositivos que ayudan a la piratería, por lo cual es una clara señal de protección a la empresa, en favor de los

		Título 17, Sección § 1201 letra A número 1	Eludir medidas tecnológicas de protección de la señal	operadores. Se busca sancionar el proceso de producción y
	Digital Millennium Copyright Act	Título 17, Sección § 1201 letra A número 2	Fabricación o comercialización de medios tendientes a la obtención ilegal de señal	comercialización, además del acto mismo de eludir la protección para obtener las señales de pago, siendo pro empresa la presente ley.
		Título 17, Sección § 1203	Determinación de las sanciones	

		Título 17, Sección § 1204	Agravantes	
CANADÁ	Canadian Radiocommunication Act	Sección 9 número 1 letra c y	Decodificar señales sin autorización del proveedor	Se busca sancionar el hecho ilícito en sí mismo, la producción, comercialización y el uso de los productos que se necesitan para la obtención ilegal de la señal, siendo claramente una señal pro empresa.
		Sección 10 número 1 letra b	Fabricación, comercialización, o utilización de medios destinados a la obtención ilegal de señal.	
	Canadian Criminal Code	Artículo 326 número 1 letra b	Robo de servicios de telecomunicaciones	Se persigue sancionar el hecho ilícito (robo) y el ciclo

ESPAÑA	Código Criminal Español	Artículo 327 número 1	Fabricación, comercialización, posesión de medios destinados a la obtención de señal sin pagar.	de los instrumentos necesarios para la piratería de la televisión satelital, siendo pro empresa.
		Artículo 248.2 letra a	Estafa de activo patrimonial, al obtener la señal de pago por medio de manipulación informática.	Los artículos que consagra el Código, fueron añadidos gracias a la directiva de la Unión Europea, ya que España debía resguardar los intereses que buscaba ésta.
		Artículo 248.2	Fabricación, posesión o	Los artículos sancionan el hecho ilícito de la piratería de

		letra b	facilitación de programas informáticos tendientes a la estafa.	la señal televisiva sin pagar por esta, y del ciclo de producción y comercialización de los instrumentos tecnológicos necesarios para cometerlo. Estos artículos tienen un claro objetivo, que es el buscar la protección de la empresa.
		Artículo 255	Estafa en la obtención de la señal encriptada por medios clandestinos (superior a 400 euros).	
		Artículo 623 número 4	Estafa en la obtención de la señal encriptada por	

			medios clandestinos (inferior a 400 euros).	
		Artículo 270.1 primera parte	Propiedad intelectual del contenido emitido en la señal.	
		Artículo 270.3	Adulteración de cualquier medio destinado a la protección de la señal encriptada.	
		Artículo 286.1 número 1	Fabricación, distribución o	

		<p>posesión de un dispositivo tecnológico destinado a la obtención de la señal encriptada.</p> <p>Servicio técnico del dispositivo mencionado en el número 1.</p>	
		<p>Artículo 286.1 número 2</p>	
		<p>Artículo 286.2</p>	<p>Adulteración de los dispositivos o programas para la recepción no</p>

			<p>autorizada de la señal con ánimo de lucro</p>	
		<p>Artículo 286.3</p>	<p>Facilitar a terceros el acceso a un dispositivo tecnológico destinado a la obtención de la señal encriptada o suministre información sobre cómo conseguir el acceso, todos sin</p>	

		Artículo 286.4	<p>finés de lucro.</p> <p>Utilización de equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a la señal encriptada.</p>	
	Directiva 98/84/CE del Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea	Artículo 4	<p>Fabricación, importación, distribución, comercialización, posesión, instalación y publicidad de</p>	<p>La presente directiva tiene como objetivo resguardar los intereses de las empresas operadores que ofrecen el servicio de televisión satelital, con un pago correspondiente</p>

			dispositivos ilícitos.	por dicho servicio.
--	--	--	------------------------	---------------------

**CAPÍTULO IV: ELABORACIÓN DE PROPUESTAS PARA UNA NUEVA
INICIATIVA LEGISLATIVA.**

4.1 Hechos relevantes en torno a la problemática planteada que dan cuenta de la necesidad de regular el vacío que existe en estas materias.-

4.1.1. El apagón de los decodificadores piratas realizado en octubre de 2012.

Como ya adelantábamos en capítulos anteriores, las empresas emisoras de TV de pago, en tanto no existe a la fecha una regulación adecuada que permita que su persecución sea realmente efectiva, se han visto en la obligación de tomar una serie de medidas fácticas en orden a tratar de impedir que se continúe vulnerando sus derechos.

En efecto, a la fecha del apagón, la adulteración de este Software afectaba, entre otras, a las compañías Claro y Movistar, que tienen en conjunto cerca del 40% del mercado de suscripciones de televisión de pago. Sin embargo, este es

un problema que se ha ido maximizando cada vez más y que hoy en día afecta a toda la industria.

A más de lo anterior, las cifras de la SUBTEL para el año 2012 demostraban la abrupta caída en el porcentaje de crecimiento de la industria de TV de pago: “pasando de 110.310 suscriptores durante el primer semestre de 2011, a sólo 39.400 en el mismo periodo de 2012”⁹⁸. Un 64% menos, cuya respuesta no era otra que la adulteración de los decodificadores FTA a través de la emulación del Software.

De este modo, el apagón surgió en nuestro país en respuesta a la captura ilegal de señales de Televisión Pagada que se había estado perpetrando en Chile y en algunos países de la región en los meses anteriores a su ejecución. Así, mediante esta polémica medida, la adulteración de los decodificadores FTA mediante la emulación del Software se convirtió en inofensiva toda vez que los decodificadores adulterados no pudieron seguir captando las señales de pago.

⁹⁸ LÓPEZ, ESTELA. 2012. “Apagón de la TV satelital para terminar con sistemas piratas”. [en línea]. Pulso Pasión por los negocios. <<http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/10/11-12197-9-apagon-de-la-tv-satelital-para-terminar-con-sistemas-piratas.shtml>> [consulta: 03 de mayo 2014]

En efecto, y en palabras del entonces Gerente General Corporativo de VTR, el objetivo último de la medida se traduce en “*envíar un mensaje claro a los usuarios de que estas cajas son ilegales*”⁹⁹.

Sin embargo, esta medida no estuvo exenta de polémica, toda vez que los usuarios de estos decodificadores adulterados manifestaron su descontento social ante la manifiesta diferencia de precios entre uno y otro servicio, alegando que la medida sería injusta y que les impediría acceder a señales de TV, que de otra forma no tendrían la posibilidad de acceder.

Como consecuencia de esta medida, la primera de las formas de adulteración que explicábamos con ocasión del primer capítulo de este trabajo, se vió gravemente afectada. No obstante ello, y como ya adelantamos, quienes proporcionaban este tipo de servicio, idearon nuevas formas de adulteración que lograron eludir los efectos del apagón, cuales fueran la adulteración vía SKS e IKS.

⁹⁹ Declaraciones vertidas en el Diario Publimetro y replicadas en noticia de fecha 05 de septiembre de 2012 en el portal web www.puranoticia.cl. Disponible en <http://www.apagoncajaspiratas.cl/prensa/puranoticia_05-09-2012.pdf> [consulta: 03 de mayo 2014].

4.1.2. Incautación de los decodificadores adulterados realizados con fecha 13 de octubre de 2011 en la Zona Franca de Iquique.

Con fecha 13 de octubre de 2011, se realizó una de las incautaciones más grandes que se han realizado en la Zona Franca de Iquique (en adelante “ZOFRI”), ello toda vez que fue una incautación simultánea en varios locales del establecimiento y contó con la participación de la Fiscalía y el OS9 de Carabineros

En este caso específico, el procedimiento se inició se mediante una denuncia por infracción a la propiedad intelectual del software NAGRA, que tuvo como consecuencia que el Fiscal a cargo del caso solicitara una orden de entrada, registro e incautación al tribunal respecto de varios locales de la ZOFRI.

Como resultado de la medida, se incautaron cerca de 3.000 decodificadores, llegando a un acuerdo reparatorio con los imputados, que consistía en la destrucción de todos aquellos decodificadores que tuviesen el software NAGRA y la devolución de aquellos que no lo tuviesen.

A más de lo señalado anteriormente, podemos señalar que la principal consecuencia de la medida, fue poner en la palestra el debate sobre la

ilegalidad de la adulteración de decodificadores y la necesidad de una regulación que haga efectiva su persecución.

4.2 Análisis preliminar

A continuación, elaboraremos una serie de propuestas para una iniciativa legislativa que logre contemplar en su plenitud los distintos tipos de adulteraciones (ya debidamente explicados en el primer capítulo); y todas aquellas conductas relacionadas con ellas que contribuyan a fomentarlas y a viabilizar la consecución de las mismas.

Para el análisis y elaboración de tales propuestas, de manera preliminar, haremos un resumen de las formas de adulteración a fin de analizar cuál de ellas, o que conductas no encuentran protección en nuestro ordenamiento. Luego, realizaremos un breve análisis de los proyectos de ley que guardan relación con estas materias y que a la fecha siguen en tramitación.

Como señalamos en las primeras páginas de esta memoria, durante el último tiempo, se ha visto un progresivo desarrollo en la importación y comercialización de equipos tecnológicos creados con la finalidad de captar una señal codificada sin costo alguno y sin autorización de su emisor.

Lo anterior, generó un gran revuelo mediático en nuestro país por cuanto se calcula que al año 2012 los aparatos adulterados con estos fines llegaban a doscientos mil¹⁰⁰, y como medida para contrarrestar lo anterior, las empresas proveedoras de televisión digital instauraron la medida que en su momento fue conocida como “el apagón de los decodificadores ilegales”.

Por otro lado, esta problemática ha sido enfrentada también en distintas instancias judiciales y administrativas, en efecto, se han iniciado procedimientos administrativos en Aduanas – a fin de permitir la suspensión del despacho de los equipos adulterados- y en sede penal- orientados a la incautación y destrucción de tales equipos.

No obstante lo anterior, las medidas de seguridad que han tomado las empresas proveedoras de televisión digital y las instancias judiciales o administrativas iniciadas han sido insuficientes por cuanto estas conductas no encuentran una sanción efectiva en nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.1. Formas de adulteración y su protección en nuestro país.

¹⁰⁰ EMOL. 2012. Empresas de TV de pago harán apagón de decodificadores ilegales. [en línea]. Emol. <<http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2012/10/02/562725/empresas-de-television-de-pago-comenzaran-apagon-de-decodificadores-ilegales.html>> [consulta 19 de noviembre de 2013].

Como ya explicábamos en el primer capítulo de este trabajo, existen tres formas de adulteración de los decodificadores FTA, y es en base a estas formas que se elaborarán las propuestas en los acápites siguientes.

La primera de ellas, es la adulteración de la tarjeta smart card o bien conocida cómo *vía software*. Este tipo de adulteración consiste básicamente en la incorporación de un dispositivo descifrador¹⁰¹ junto con un programa computacional “emulador” de la smart card, que se reproduce en el decodificador FTA sin autorización del dueño del CAS respectivo y del proveedor de televisión satelital. Esta vía de adulteración, es la única que ha podido ser combatida por los dueños de los CAS por cuanto hoy en día la tecnología ha permitido que las claves de la smat card cambien constantemente sin poder ser actualizadas por este software pirata en tan poco tiempo.

La segunda de estas adulteraciones, es la conocida como piratería *vía SKS*, ésta consiste en la conexión del decodificador a una segunda antena, mediante un *dongle* -en el caso de los decodificadores más antiguos- o por la segunda conexión de cable coaxial de los más modernos, con esto se logra decodificar los canales que migraron a un CAS más seguro.

Finalmente, se suma a las filas de las anteriores la adulteración por vía IKS, que básicamente se realiza mediante un proveedor de internet que va a

¹⁰¹ Descrambling Chip set.

descifrar las señales de pago, y que envía mediante internet las claves a los decodificadores adulterados.

El elemento común en estos tres tipos de adulteración radica que para su eficacia, todas requieren un software pirata en el decodificador para poder descifrar las señales de pago.

Así las cosas, del análisis de lo antes expuesto podemos llegar a las siguientes conclusiones:

- En la especie, ninguna de estas conductas se encuentra sancionada por el delito contemplado en la LGT, por cuanto ninguno de estas adulteraciones importa dañar la señal transmitida por un tercero, cortar la continuidad de una señal u obstruir algún servicio de Telecomunicación. Así, si quisiéramos hacer extensiva la norma a este tipo de adulteraciones, tendríamos que recurrir a una interpretación en un sentido amplio del verbo *receptor interceptar*¹⁰², interpretación que por lo demás no es compartida por la SUBTEL.
- En el caso de adherir a una interpretación en un sentido amplio del verbo receptor "*interceptar*", aún no se estaría cubriendo por el manto normativo la totalidad de las conductas que a nuestro juicio son meritorias

¹⁰² Interpretándolo de este modo, en el sentido de captar señales de telecomunicaciones, dejando de lado la obstrucción de servicios de telecomunicaciones.

de sanción por nuestro ordenamiento, como lo son la venta e importación de equipos adulterados, entre otros.

- Que en lo que respecta a la propiedad intelectual, ella sólo protegería al software adulterado y la utilización del mismo, quedando también fuera de su protección las conductas descritas en el punto anterior.

Así, en resumidas cuentas, nuestra regulación en materia de telecomunicaciones y propiedad intelectual es insuficiente en lo que respecta a la adulteración de los decodificadores FTA. Lo anterior, en atención a que la misma no es capaz de perseguir y detener de manera efectiva la importación y venta de equipos adulterados para interceptar señales de pago.

Lo anterior, no sólo afecta a la industria de televisión digital sino que además genera incertidumbre jurídica por cuanto nuestro ordenamiento no es capaz de adaptarse al dinamismo que ofrecen hoy en día los cambios tecnológicos.

Por otro lado, esta desregulación o vacío legal, implica un incumplimiento tácito de una serie de compromisos que nuestro país ha adquirido a nivel internacional.

En este sentido, se estaría incumpliendo el Tratado de Libre Comercio celebrado con los Estados Unidos de América (TLC) que obliga a Chile a establecer una infracción civil o penal a conductas que impliquen la

construcción, ensamblaje, modificación, importación, exportación, venta, arrendamiento o distribución de otro modo de dispositivos o sistemas cuyo función principal sea la decodificación de señales codificadas sin autorización del distribuidor legal y la distribución maliciosa de una señal portadora de un programa codificado sabiendo que ha sido decodificada sin la autorización del distribuidor legal de la señal.

A mayor abundamiento, el Convenio de Bruselas sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélites de 1974¹⁰³ obliga a nuestro país a tomar medidas que impidan que en o desde nuestro territorio se distribuya cualquier señal portadora de un programa, por un distribuidor a quien no esté destinada la señal, si ésta ha sido dirigida hacia un satélite o ha pasado a través de un satélite.

4.2.2. Proyecto de ley en tramitación.

Actualmente se encuentra en tramitación en el Congreso el proyecto de ley “que modifica el Código Penal, con el objeto de recepcionar, en los tipos

¹⁰³ Promulgada en Chile el 02 de mayo de 2011.

penales tradicionales, nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática”¹⁰⁴.

Este proyecto pretende realizar una serie de modificaciones al Código Penal, con el objeto de recepcionar en los tipos penales tradicionales nuevas formas delictivas surgidas a partir del desarrollo de la informática¹⁰⁵. De esta manera, lo que se busca mediante su aprobación, es llenar los vacíos y dificultades que subsisten en materia penal, aún después de la Ley N° 19.223.

En lo que respecta a la materia de la presente tesis, esta propuesta plantea la regulación de la obtención indebida de servicios de telecomunicaciones a continuación del artículo 470 del Código Penal, incorporando de esta forma un nuevo artículo 470 bis.

Así, el mensaje del proyecto señala:

“La inclusión de este nuevo art. 470 bis permite comprender las hipótesis de clonación de celulares, el acceso a señales satelitales cifradas sin pagar, y la obtención ilegítima de señal de televisión por cable mediante conexiones

¹⁰⁴ Boletín N° 3.083-07; Mensaje 13-348 de 25 de septiembre de 2002. Cabe mencionar que este proyecto se encuentra paralizado en su segundo trámite constitucional y no presenta movimiento alguno desde el año 2008.

¹⁰⁵ De esta manera, se ha señalado en el proyecto que “la doctrina es prácticamente unánime en señalar que no estamos frente a “nuevos delitos”, sino más bien ante nuevas formas de ejecutar las conductas típicas tradicionales.”

clandestinas o fraudulentas o mediante cualquier maniobra técnica que permita neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio. Esta hipótesis incluye, por ejemplo, el uso de moneda falsa en teléfonos públicos, y la alteración del decodificador o el uso de un decodificador no autorizado en caso de servicios de televisión por cable o satelital.”

Agregan además lo siguiente:

“Es por esta razón que se ha estimado que la pena asignada a quienes extiendan redes ilegales de telecomunicaciones u ofrezcan acceso a servicio o a conexiones ilegales a cambio del pago de una suma de dinero, debe ser claramente mayor que la que se aplique a los que en definitiva hagan uso de dichos servicios.”

En su última formulación, el artículo 470 bis adquiere la siguiente forma¹⁰⁶:

“Artículo 470 bis.- Las penas del artículo 467 se aplicarán también a los que en perjuicio de otro obtuvieren indebidamente, para terceros y a cambio de un beneficio económico, servicios de telecomunicaciones mediante conexiones clandestinas o fraudulentas o mediante cualquier maniobra técnica que permita neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio. En caso de reiteración, los hechos se considerarán como un solo

¹⁰⁶ Oficio N° 4152 de 2003, que remite el Proyecto al Senado.

delito, y la regulación de la pena se hará tomando por base el monto total de lo defraudado.

Sin perjuicio de lo anterior, si los servicios de telecomunicaciones se obtuvieren en todo o en parte para sí, y de ello no se reportare ningún beneficio económico distinto de la obtención misma del servicio, la pena será sólo de multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además del comiso de los equipos o instrumentos utilizados.”.

De la lectura del artículo propuesto, es posible desprender que ofrece dos vías de solución, a saber, “una primera base de incriminación –con penas de presidio y multa- dirigida a quienes hacen de la obtención indebida de telecomunicaciones una *actividad lucrativa o empresa*, realidad criminológica reflejada en la exigencia de obtención de suministro “*para terceros y a cambio de un beneficio económico*”, En el inciso segundo, se prevé en cambio una sanción menor –solo de multa- para quienes en definitiva acceden a los suministros a título universal (ya pagando por ellos a los suministradores no autorizados, ya obteniéndolos directamente para “consumo” personal)”¹⁰⁷.

En cuanto a los medios de obtención fraudulenta de los servicios de telecomunicaciones establecidos en el artículo propuesto, el profesor FERNANDO LORDOÑO ha señalado que la descripción típica sería lo

¹⁰⁷ LORDOÑO MARTÍNEZ, FERNANDO. 2004. “Los Delitos Informáticos en el Proyecto de Reforma en Actual Trámite Parlamentario”. Revista Chilena de Derecho Informático (4). Pág. 183.

suficientemente amplia para evitar la obsolescencia de la figura y que la misma abarcaría todo medio¹⁰⁸.

Sin embargo, creemos que no obstante este artículo significa un avance en materia de delitos informáticos, el mismo es insuficiente para efectos de cumplir con los objetivos planteados en el proyecto y para adecuar nuestra legislación a los compromisos internacionales adquiridos por Chile.

Lo anterior, dado que en primer lugar, la tipificación propuesta en el artículo 470 bis abarcaría únicamente una etapa final de la conducta delictual, esto es la obtención ilegal de servicios de telecomunicaciones para ponerlos a disposición de terceros o para el propio consumo. Pero no se consideran las etapas previas a esta “puesta a disposición”, las cuales serían la importación de los sistemas, la construcción, ensamblaje y modificación de los aparatos con el fin de ponerlos a disposición de terceros, que según el TLC con Estados Unidos, deberían ser sancionados civil o penalmente.

4.3 Elaboración de propuestas

¹⁰⁸ Idem.

De este modo y habiendo analizado precedentemente la problemática planteada por la adulteración de los decodificadores FTA, y pudiendo además evidenciar la incapacidad de la regulación vigente en nuestro país a fin de poder sancionar de manera efectiva este tipo de conductas, es que resulta evidente la necesidad de generar nuevas propuestas legislativas que se adecúen a las nuevas formas de adulteración que se han ido ideando en el tiempo.

De este modo, proponemos la complementación del artículo 470 bis antes mencionado, en orden a cumplir con los compromisos internacionales vigentes adquiridos por Chile y el objetivo final planteado en el mensaje de este proyecto de ley.

Así, creemos que para que la persecución penal de este tipo de conductas sea realmente efectiva, es necesario sancionar todas las etapas de la conducta delictiva y no solo la final, esto es, fabricación, manipulación, comercialización, tenencia, etc.

En este sentido, a modo de ejemplo, resulta ilustrador el caso del Código Penal Español, que en su artículo 286 dispone lo siguiente:

Artículo 286

1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a 24 meses el que, sin

consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, facilite el acceso inteligible a un servicio de radiodifusión sonora o televisiva, a servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, o suministre el acceso condicional a los mismos, considerado como servicio independiente, mediante:

1.º La fabricación, importación, distribución, puesta a disposición por vía electrónica, venta, alquiler, o posesión de cualquier equipo o programa informático, no autorizado en otro Estado miembro de la Unión Europea, diseñado o adaptado para hacer posible dicho acceso.

2.º La instalación, mantenimiento o sustitución de los equipos o programas informáticos mencionados en el párrafo 1.º

2. Con idéntica pena será castigado quien, con ánimo de lucro, altere o duplique el número identificativo de equipos de telecomunicación, o comercialice equipos que hayan sufrido alteración fraudulenta.

3. A quien, sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso descrito en el apartado 1, o por medio de una comunicación pública, comercial o no, suministre

información a una pluralidad de personas sobre el modo de conseguir el acceso no autorizado a un servicio o el uso de un dispositivo o programa, de los expresados en ese mismo apartado 1, incitando a lograrlo, se le impondrá la pena de multa en él prevista.

4. A quien utilice los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional o equipos de telecomunicación se le impondrá la pena prevista en el artículo 255 de este Código con independencia de la cuantía de la defraudación.

También es atinente mencionar el caso Canadiense, que en la “Canadian Radiocommunication Act” ordena que ninguna persona pueda decodificar una señal encriptada de programación que sólo se obtendría por la modalidad de suscripción sin la autorización del distribuidor autorizado para transmitirla o del dueño mismo de esta. Así, dispone sancionar a aquellos que manufacturen, importen, distribuyan, ofrezcan en venta, vendan, instalen, modifiquen, operen o posea cualquier equipo o dispositivo, o cualquier componente que se infiera que ese equipo, dispositivo o componente puede ser utilizado, fue utilizado o su destino es ser utilizado en la descryptación de una señal.

Por otro lado, también está el caso de Uruguay, que buscó proteger por un lado, el ciclo de la piratería en su totalidad, sancionando de esta forma la captación de señales en régimen de abogados, la instalación, manipulación o cualquier actividad que facilite el ilícito, como también la comercialización de decodificadores, artefactos o sistemas que tiendan a la obtención ilegal de señales bajo régimen de suscripción¹⁰⁹. Por otro lado, también reguló la protección del software de seguridad que decodifica las señales encriptadas a través de la Ley N° 9.730 que regula los derechos de autor.

Así, de la sola lectura de la regulación que se ha dado en estas materias en los países analizados en el capítulo anterior, hemos podido evidenciar que a nuestro país le falta mucho camino por recorrer en lo que implica la regulación de estas materias. En efecto, es necesario que estas conductas, en tanto implican un atentado al derecho de autor, sean sancionadas en su totalidad. Para ello es necesaria la introducción al Código Penal de un tipo que sea capaz de adecuarse a las formas de adulteración existentes hoy en día y a las que se vayan creando en el paso del tiempo, como también que sea capaz de evitar efectivamente su consecución.

De esta manera, en virtud de lo analizado, proponemos agregar un inciso al artículo 470 bis a modo de incluir todo el espectro de conductas que puedan de

¹⁰⁹ URUGUAY. Ministerio de Educación y Cultura. 2002. Ley 17.520: Uso indebido de Señales destinadas a ser recibidas en régimen de suscripción.

algún modo, atentar con el derecho de autor que subyace a las señales bajo suscripción o señales de pago:

“Artículo 470 bis.- Las penas del artículo 467 se aplicarán también a los que en perjuicio de otro obtuvieren indebidamente, para terceros y a cambio de un beneficio económico, servicios de telecomunicaciones mediante conexiones clandestinas o fraudulentas o mediante cualquier maniobra técnica que permita neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio.

Asimismo, se castigaran con iguales penas a los que en perjuicio de otro construyan, ensamblen, modifiquen, importen, exporten, manipulen, vendan, arrienden y distribuyan de otro modo dispositivos o sistemas que tengan como principal finalidad neutralizar, eludir o burlar los mecanismos de control del legítimo acceso al servicio.

En caso de reiteración, los hechos se considerarán como un solo delito, y la regulación de la pena se hará tomando por base el monto total de lo defraudado.

Sin perjuicio de lo anterior, si los servicios de telecomunicaciones se obtuvieren en todo o en parte para sí, y de ello no se reportare ningún beneficio económico distinto de la obtención misma del servicio, la pena será sólo de multa de dos a diez unidades tributarias mensuales, además del comiso de los equipos o instrumentos utilizados.”.

De este modo, creemos que con dicha modificación se llenaría el vacío que existe hoy en día en nuestra regulación, toda vez que implica la inclusión de un tipo en nuestro código penal que incluiría dentro de su manto sancionador a todas aquellas conductas tendientes a obtener de manera fraudulenta un servicio de telecomunicación, como también todas las etapas para su consecución, esto es, desde su fabricación hasta su distribución.

CONCLUSIÓN

A través de la presente investigación, hemos podido comprobar que la hipótesis que presentamos es correcta, es decir que Chile no cuenta con una normativa idónea para enfrentar la adulteración de los decodificadores FTA, en otras palabras, nuestro país se encuentra en casi una total desprotección frente a este tema, no entregando la seguridad adecuada tanto a usuarios como tele operadores y todos quienes son partícipes del mercado de la televisión satelital.

En relación a lo anterior, podemos sostener que el marco normativo con el que contamos en materia de telecomunicaciones y de propiedad intelectual, es insuficiente a la hora de sancionar todas o alguna de las conductas que analizamos a través del presente trabajo. Como se señaló en el segundo capítulo, la LGT contiene en su artículo 36 B letra b), los verbos de interferir, interceptar e interrumpir¹¹⁰, los que no son suficientes para poder perseguir la adulteración de los decodificadores FTA, dejando de manos atadas la persecución de este tipo de conductas; por su lado las leyes de propiedad intelectual solo pueden aplicarse en los casos de que exista un software pirata

¹¹⁰ Entiéndanse estos conceptos como los señalamos en su oportunidad como dañar la señal transmitida por un tercero, cortar la continuidad de una señal u obstruir algún servicio de Telecomunicación

dentro de los decodificadores, persiguiéndose sólo eso, no siendo suficiente para poder consagrar toda conducta de adulteración de un decodificador como un delito. Se puede sostener por ende, que estas dos normativas dejan muchos vacíos legales y que deben ser subsanados prontamente por una modificación legal acorde al problema.

El análisis de países extranjeros, nos permitió observar como se ha desarrollado una normativa adecuada para los tiempos actuales, leyes que han permitido una persecución de todas las conductas en las cuales se puede incurrir en el proceso de piratería de la televisión satelital, es decir desde su ensamblaje, producción, publicidad, venta, etc. Por otro lado, se analizó como la normativa existente en estos países es aplicada en casos concretos por medio de la selección de jurisprudencia, llegándose a la conclusión de que las leyes existentes son aplicadas en la práctica de forma eficaz, condenándose a los ejecutores del delito con sanciones no menores, dando una señal clara de que estos actos de piratería no quedan impunes, se persiguen y se castigan. Por otro lado, se deja en evidencia, que en todos los países analizados se protege a los operadores de telecomunicaciones.

Por último, en el cuarto capítulo, se analizó el proyecto de ley que contempla la inclusión del artículo 470 bis al Código Penal, el cual tiene como finalidad establecer como delito la obtención indebida de servicios de telecomunicaciones. Si bien esta reforma es un paso para cubrir los vacíos

legales que ya señalamos, no es suficiente, ya que solo contempla la etapa final de la conducta como un ilícito que debe ser castigado, dejando de lado hechos como el ensamblaje, la producción o bien la publicidad, entre otras cosas; es por esa razón que consideramos que dicha reforma, la cual aún no es aprobada, saldría a la luz de forma incompleta.

Se desprende de lo anterior, que es necesario incluir dentro del proyecto de ley como un delito, todo tipo de conducta que conduzca a la obtención de la señal, como lo es por ejemplo la comercialización o bien fabricación del aparato que tiene componentes que no son propios de un decodificador FTA que tiene por objeto la receptación de señales de libre acceso. Lo anterior, debido a que si se quiere lograr atacar la piratería de una forma efectiva, para poder así proteger a los operadores de telecomunicaciones, consideramos que es necesario contemplar como ilícito todas las conductas que conllevan a la adulteración del decodificador o bien aquellos decodificadores que contienen componentes propios para la recepción de señales de pago, como lo son conexión a internet, salidas de HDMI, entre otras cosas. Si solo sancionamos el resultado con este proyecto de ley, que es la obtención de señal de forma ilegal, no prevenimos el delito de forma efectiva debido a que le damos la libertad a los autores de que todo lo que hacen de forma anterior a la adulteración es impune por lo que es más atractivo arriesgarse y cometer el delito. Por otro lado, al solo sancionarse la etapa final, no se protege de forma efectiva a los operadores, ya que son legales todas los actos preparatorios, y son estos actos los que los

operadores quieren evitar, un claro ejemplo de esto es el Decreto dictado en Uruguay que prohíbe ciertas marcas de decodificadores FTA, que contienen componentes que su única justificación dentro del aparato, es la facilitación en la recepción de señales de pago. De forma contraria, si sancionamos todas las etapas, consideramos que los posibles autores del delito pueden ver frustrada su intención al ser ilegales todos los actos preparatorios a la obtención de la señal, es decir, no es tan fácil cometer el delito y por otro lado, al condenarse todas las etapas se da a entender que el Estado entrega como señal evidente que no acepta de ninguna forma la fabricación, producción, publicidad ni venta de aparatos adulterados, y que tiende a evitar la piratería.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

OVALLE YRARRÁZABAL, JOSÉ IGNACIO. 2001. Las Telecomunicaciones en Chile. Santiago, Chile. Editorial Jurídica Conosur.

ROXIN, CLAUS. 1997. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Madrid, España. Editorial Civitas.

Revistas

GRUNEWALDT CABRERA, ANDRÉS. 2008. "Infracción a los derechos de autor y conexos por medios tecnológicos: tratamiento penal a la luz de la ley chilena". Revista de Derecho Universidad Finis Terrae (12).

JASA SILVEIRA, GRACIELA y FRÍAS ARMENTA, MARTHA. 2004. "El mercado gris de televisión por satélite: Análisis comparativo de México y Canadá". Revista Mexicana de Estudios Canadienses (8).

LORDOÑO MARTÍNEZ, FERNANDO. 2004. "Los Delitos Informáticos en el Proyecto de Reforma en Actual Trámite Parlamentario". Revista Chilena de Derecho Informático (4).

Leyes, Tratados, Mociones, Boletines, Informes

CANADA. 1892. Canadian Criminal Code

CANADA. 1985. R.S.C., 1985, c. R-2: Radiocommunication Act.

CHILE. Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones. 1982. Ley 18.168: Ley General de Telecomunicaciones.

CHILE. Ministerio de Educación Pública. 1970. Ley 17.336: Propiedad Intelectual.

ESPAÑA. Código Penal de España.

ESTADOS UNIDOS. 1934. Communications Act

ESTADOS UNIDOS. 1998. Digital Millennium Copyright Act.

ESTADOS UNIDOS. 1968. Wiretap Act.

UNION EUROPEA. Parlamento Europeo y del Consejo. 1998. Directiva 94/84/CE.

URUGUAY. Ministerio de Educación y Cultura. 2002. Ley 17.520: Uso indebido de Señales destinadas a ser recibidas en régimen de suscripción.

URUGUAY. Ministerio de Instrucción Pública y Previsión Social. 1937. Ley 9.739: Propiedad Literaria y Artística.

URUGUAY. Ministerio de Industria, Energía y Minería; Ministerio de Economía y Finanzas. 2012. Decreto Presidencial 276: Prohíbese la fabricación, importación, venta, arriendo y puesta en circulación de equipos receptores satelitales identificados con las marcas AZBOX, AZAMÉRICA o LEXUSBOX.

Recursos bibliográficos en línea

ALIANZA CONTRA LA PIRATERÍA. 2013. Destrucción de FTA piratas en Uruguay. [en línea] <<http://www.alianza.tv/es/latest-successes.php>> [consulta: 17 de junio 2003].

CENTRO DE ESTUDIOS PARA EL DESARROLLO DE LAS TELECOMUNICACIONES Y EL ACCESO A LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN DE AMÉRICA LATINA. 2012. Piratería un flagelo combatible. [en línea]. <<http://www.capps.org/img/destacados/libro-pirateria.pdf> > [consulta: 08 abril 2013].

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. 2003. La protección jurídica de los servicios electrónicos de pago. [en línea] <http://ec.europa.eu/internal_market/media/docs/elecpcpay/com-2003-198_es.pdf>.[consulta el 24 de junio 2013].

COMPUTER CRIME AND INTELLECTUAL PROPERTY SECTION CRIMINAL DIVISION. Wiretap Act. [en línea]. Estados Unidos. <<https://web.gsc.edu/fs/abarker/training/legal/WiretapAct.pdf>> [consulta 29 de julio 2013].

DURÁN ROUBILLARD, LUÍS ALEJANDRO. 2004. "Régimen jurídico general de las telecomunicaciones y convergencia". Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. [en línea] <http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2004/duran_l/html/index-frames.html> [consulta: 25 de marzo de 2013].

EMOL. 2012. Empresas de TV de pago harán apagón de decodificadores ilegales. [en línea]. Emol. <<http://www.emol.com/noticias/tecnologia/2012/10/02/562725/empresas-de-television-de-pago-comenzaran-apagon-de-decodificadores-ilegales.html>> [consulta 19 de noviembre de 2013].

ENCICLOPEDIA DE CONTENIDO LIBRE WIKIPEDIA. Televisión por satélite. <http://es.wikipedia.org/wiki/Televisi%C3%B3n_por_sat%C3%A9lite> [consulta: 20 de enero del año 2013].

INAPI. "COMPILACIÓN DE NORMAS RELATIVAS A LA PROPIEDAD INTELECTUAL". 2010. [en línea] <http://www.inapi.cl/portal/publicaciones/608/articulos-751_recurso_1.pdf> [consulta: 14 de julio de 2013].

LÓPEZ, ESTELA. 2012. "Apagón de la TV satelital para terminar con sistemas piratas". [en línea]. Pulso Pasión por los negocios. <<http://www.pulso.cl/noticia/empresa-mercado/empresa/2012/10/11-12197-9-apagon-de-la-tv-satelital-para-terminar-con-sistemas-piratas.shtml>> [consulta: 03 de mayo 2014].

PÉRGOLA, GASTON. 2011. Diez allanamientos en avanzada contra "piratería" de TV satelital. [en línea]. El País digital. <<http://historico.elpais.com.uy/110401/pciuda-557160/ciudades/Diez-allanamientos-en-avanzada-contra-pirateria-de-TV-satelital/>> [consulta el 14 de junio 2013].

Sitios web

<http://www.wipo.int/portal/index.html.en>

<http://www.canlii.org/>

<http://www.poderjudicial.es/>