



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO COMERCIAL

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN EL DERECHO DE AUTOR.
REFERENCIAS ESPECÍFICAS A LAS REDES DIGITALES.

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales

ELISA WALKER ECHENIQUE

Profesor Guía: Santiago Schuster Vergara

Santiago, Chile, Septiembre 2007

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es revisar la aplicación del sistema civil de responsabilidad extracontractual en la protección de las normas que regulan el derecho de autor y, en particular, la efectividad de este sistema para ese fin.

En primer lugar, se analizan los elementos que tradicionalmente han sido considerados como presupuestos de la configuración de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, se resaltan ciertas particularidades relacionadas, principalmente, con la determinación de la culpa y el daño.

Luego, se hace un estudio del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos. La relevancia del análisis de este cuerpo normativo, radica en que contiene una regulación innovadora, en relación con el sistema civil de responsabilidad extracontractual, sobre la responsabilidad por infracción al derecho de autor.

Este trabajo termina con una referencia a las repercusiones que la evolución en el ámbito digital, plasmada en la posibilidad de reproducir las creaciones protegidas por el derecho de autor, provoca en la forma tradicional de aplicar la responsabilidad civil extracontractual. Para ello, se analiza la participación de los proveedores de contenido, proveedores de servicio y los usuarios finales, todo vinculado a la protección de las obras artísticas.

En la preparación de este trabajo y en los enfoques defendidos en el mismo, se han tenido en cuenta la regulación sobre derecho de autor nacional, española y norteamericana, además de la jurisprudencia nacional y comparada.

INDICE

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.	8
CAPÍTULO II. OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.	12
1. EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA.	12
2. OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.	14
A. Orígenes de la Propiedad Intelectual en la Tradición Continental.....	14
B. Orígenes de la Propiedad Intelectual en la Tradición Anglosajona.	15
CAPÍTULO III: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.	18
1. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.	19
A. Acción u Omisión.	20
i. Nociones Generales de Acción u Omisión.	20
ii. Acción u Omisión en la LPI.	21
B. Capacidad.	21
i. Consideraciones Generales sobre la Capacidad.	21
ii. Capacidad en la LPI.	22
C. Culpa o Dolo.	22
i. Consideraciones Generales sobre la Culpa.	22
• Culpa Equivalente a Culpa Leve Desarrollada en el Artículo 44 CC. ..	24
• Culpa en el Ámbito Extracontractual Abarca las Tres Especies de Descuido Establecidas en el Artículo 44 CC.	25
ii. Noción de Culpa en la LPI.	25

• Culpa Infraccional.....	26
iii. Argumentos para sostener que la Culpa Infraccional es aplicable en el Derecho de Autor.	27
• Doctrina Nacional.....	27
• Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.....	29
• Jurisprudencia Nacional.....	30
• Jurisprudencia Española.....	32
D. Daño.	32
i. Noción General.....	32
ii. Noción de Daño en la LPI.....	33
• Jurisprudencia Nacional.....	33
• Doctrina Comparada.....	34
E. Causalidad.	35
i. Noción General de Causalidad.....	35
• Perspectiva Naturalística.....	35
• Perspectiva Formativa.....	36
ii. Noción de Causalidad en la LPI.....	36

CAPÍTULO IV. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.....

1. ANÁLISIS DE LA REponsabilidad CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS AL DERECHO PATRIMONIAL.....	37
A. Características de Derechos Patrimoniales.	38
B. Relación de los Derechos Patrimoniales con el Daño Patrimonial.....	39
C. Problemas en Relación con la Identificación del Daño Emergente.	40
D. Problemas con la Identificación del Lucro Cesante.	41
E. Problema Relacionado con el Artículo 82 LPI.....	43
F. Doctrina Comparada.	45
2. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS AL DERECHO MORAL.	47
A. Características de los Derechos Morales.	47

B. Relación entre Derechos Morales y Derechos de la Personalidad.....	48
C. Relación entre Derechos Morales y Daños Morales.	50
i. Jurisprudencia Española.	52
ii. Jurisprudencia Nacional.	54
D. Crisis de la Función que es Objeto del Daño Moral.	55
E. Criterios para Determinar el Monto del Daño Moral.....	57
i. Legislación Española.	57
ii. Proyecto de Ley Nacional que Modifica la Ley de Propiedad Intelectual.	58
iii. Doctrina Comparada.	59
iv. Jurisprudencia Nacional.	59

CAPÍTULO V. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS EN RELACIÓN CON LAS REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL CONSAGRADAS EN LA LEY N° 17.336..... 61

1. MOTIVACIÓN DE LAS PARTES AL MOMENTO DE CELEBRAR EL ACUERDO.	61
2. DETERMINACIÓN DEL MONTO DEL DAÑO.	63
A. Indemnizaciones Predeterminadas.....	63
i. Regulación del Tratado de Libre Comercio.	63
ii. Críticas al establecimiento de indemnizaciones predeterminadas.	64
• Ley de Baremo.	65
iii. Regulación de Estados Unidos sobre Determinación de la Indemnización.	66
iv. Regulación Española sobre Determinación de la Indemnización.	67
• Legislación Española.	68
• Jurisprudencia Española.	69
v. Regulación Nacional sobre Determinación de la Indemnización.	70
• Proyecto de ley nacional que modifica la ley de propiedad intelectual.	71
• Jurisprudencia Nacional.	73
vi. Ámbito de Aplicación de las Indemnizaciones Predeterminadas.	75

- Argumentos que fundamentan la restricción de la aplicación de la indemnización predeterminada, solo al daño patrimonial.....76
- Jurisprudencia Española.....78

CAPÍTULO VI. ANÁLISIS DE LAS REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO DIGITAL. 79

1. CUESTIONAMIENTO A LA VIGENCIA DE LAS REGLAS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL SOBRE EL DERECHO DE AUTOR EN EL ÁMBITO DIGITAL.....81

A. Teorías que analizan la vigencia de la responsabilidad civil en el ámbito digital.81

i. La Doctrina Neoclásica. 81

ii. La Doctrina Minimalista.83

- El Libertalismo Radical.....83

- El Minimalismo Democrático.....85

iii. Las Posturas Eclécticas..... 85

- El Derecho de Autor como Parte del Derecho a la Información..86

- La Evolución del Derecho de Autor como Solución.....86

B. Efecto de las diferentes posturas frente a la actual regulación del derecho de autor y la responsabilidad civil extracontractual en Chile..... 89

2. CONFLICTO SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR..... .91

A. Los Proveedores de Contenido.91

i. Noción General..... .91

ii. Dificultades para hacer efectiva la responsabilidad de Proveedores de Contenido.92

iii. Iniciativas para hacer responsables a los Proveedores de Contenido.93

- Jurisprudencia Española.....94

B. Los Proveedores de Servicio..... 96

i. Noción General..... 96

ii. Dificultades para hacer efectiva la responsabilidad de los Proveedores de Servicio..... 97

iii.	Iniciativas para hacer responsables a los Proveedores de Servicio..	97
•	Jurisprudencia de Estados Unidos.....	98
•	Jurisprudencia Nacional.....	99
iv.	Iniciativas para restringir la responsabilidad de los proveedores de Servicio.	102
•	Digital Millenium Copyright Act.....	102
•	Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.....	102
•	Proyecto de ley nacional que modifica la ley de propiedad intelectual.....	103
C.	Los Usuarios de las Redes Digitales.	107
i.	Noción General.....	107
ii.	Dificultades para hacer efectiva la responsabilidad de los Usuarios.....	108
iii.	Iniciativas para hacer responsables a los Usuarios.	109
	CAPÍTULO VII. CONCLUSIÓN.....	111
	BIBLIOGRAFÍA	119

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN.

Chile cuenta con una legislación especial sobre propiedad intelectual (ley N° 17.336), que entró en vigencia el 2 de Octubre de 1970. Además de esa regulación específica, el ordenamiento jurídico le ha otorgado reconocimiento al derecho de autor en otros cuerpos legales. Así, en el artículo 584 del Código Civil (de ahora en adelante CC), se establece que “las producciones de talento o de ingenio son una prioridad de sus autores”. Finalmente, es necesario citar el artículo 19 número 25 de la Constitución, que consagra “la libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor sobre las creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie (...)”.

Este trabajo tiene como objetivo analizar la responsabilidad en materia de violaciones al derecho de autor, en lo relativo a la indemnización por daños y perjuicios dentro del régimen de responsabilidad civil extracontractual. Se basará principalmente en un análisis de las reglas especiales sobre responsabilidad civil extracontractual y derecho de autor. Lo anterior en orden a establecer cual es el sistema que rige a éste ámbito del derecho, características, relación con las reglas generales del ámbito del derecho civil, y determinar cuales son las particularidades del derecho de autor.

El propósito es averiguar si este campo legislativo necesita de una regulación con un contenido especial, ya que es posible que las reglas generales del derecho civil no satisfagan los intereses de los titulares del derecho de autor, o bien, plantear hipótesis que complementen esta normativa especial con las normas del derecho común previstas en el Código Civil.

La propiedad intelectual, en un sentido amplio, está conformada por el reconocimiento de bienes inmateriales que se caracterizan por contener un elemento creativo. Este objeto de protección está conformado por dos sub-sistemas. Por una parte, se consagra el derecho de autor, que tiene como objeto de protección las obras literarias y artísticas. Por otro lado, también incluye el reconocimiento de la propiedad industrial, que

contempla la protección de modelos industriales, patentes y denominaciones comerciales, entre otros¹.

El interés de este estudio es abordar exclusivamente el derecho de autor, a partir de la especificidad con que la doctrina aborda esta materia, y así recoger la diferenciación que nuestro ordenamiento jurídico hace de los bienes protegidos por el derecho de autor y la propiedad industrial. El derecho de autor está regulado en la ley N° 17.336 y la propiedad industrial en la ley N° 19.039. En efecto, esta división también se mantiene en el funcionamiento administrativo de los respectivos departamentos gubernamentales que se ocupan de dichas áreas. Así, el Departamento de Derechos Intelectuales, sobre derecho de autor y derechos conexos, se encuentra inserto en la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos, que se relaciona con el Ejecutivo a través del Ministerio de Educación, en tanto el Departamento de Propiedad Industrial es parte del Ministerio de Economía.

Finalmente, el trabajo se abocará al derecho de autor, y las infracciones que afecten exclusivamente al titular originario de la creación de la obra intelectual, por lo que no se analizará en forma particular la responsabilidad civil extracontractual que existe en relación con los titulares de los derechos conexos.

Con el objeto de satisfacer las pretensiones recién expuestas, el trabajo se desarrollará en 5 ítem de variados contenidos.

En el Capítulo I, sobre Objeto de Protección de la Responsabilidad Civil Extracontractual, se analizará la evolución doctrinal que ha tenido el objeto de protección de la responsabilidad civil extracontractual. Esta parte se concentrará en el desarrollo que el objeto de protección ha tenido en el derecho civil, tanto desde el punto de vista del debate doctrinario que ha tenido lugar en nuestro país, como a algunas referencias al derecho comparado. En segundo lugar, se analizarán en forma particular las diferentes corrientes jurídicas que existen sobre la regulación del derecho de autor. Esto es

¹ ANTEQUERA Parrilli, Ricardo. Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Derechos Conexos, texto sin mayor referencia publicado en la página de la OMPI., p 6.

fundamental para lograr determinar cual es el objeto de protección que se constata en el derecho de autor, como rama especializada del derecho civil.

En el Capítulo II titulado Consideraciones Generales sobre el Régimen de la Responsabilidad Civil Extracontractual y la Regulación sobre el Derecho de Autor, se analizarán los elementos que la doctrina ha identificado como constituyentes de responsabilidad civil extracontractual. Se hará referencia a la noción común que doctrinariamente se tiene de la acción, capacidad, culpa, daño y causa. Luego, en cada uno de esos análisis, se desarrollará en forma particular la regulación de la ley de propiedad intelectual, con el objeto de verificar si esa normativa altera la noción general de los elementos que conforman la responsabilidad civil extracontractual.

En el Capítulo III sobre Consideraciones Especiales sobre el Régimen de Responsabilidad Civil Extracontractual y la Regulación sobre el Derecho de Autor se pretende analizar en forma extensiva ciertas características de la normativa sobre el derecho de autor, que permiten desarrollar debates doctrinarios. Se analizará en primer lugar, los perjuicios que afectan al derecho patrimonial y los problemas que existen en cuanto a su determinación. En segundo lugar, se desarrollarán las diferentes repercusiones que la doctrina constata al pretender indemnizar el derecho moral.

En el Capítulo IV denominado Análisis del Contenido del TLC con Estados Unidos en relación con las Reglas sobre Responsabilidad Civil Extracontractual Consagradas en la ley N° 17.336, se constatarán las diferentes implicaciones que tiene la regulación del TLC frente a la ley sobre propiedad intelectual. En especial, se pondrá énfasis en los criterios que se han establecido para determinar la indemnización de los daños que afecten al derecho de autor. Este tema es relevante, ya que representa el intento del TLC por unificar los métodos utilizados en forma local por cada país contratante (Chile y Estados Unidos) para indemnizar los perjuicios que se derivan de la infracción.

Finalmente, en el Capítulo V, referido al Análisis de las Reglas sobre Responsabilidad Civil Extracontractual en relación con el Ámbito Digital, se desarrollarán problemas que, sobre la base del objeto del trabajo, se identifican como los más relevantes

en relación con la aplicación del derecho de autor en ámbitos que se encuentran revolucionados por los cambios digitales. La primera dificultad se refiere a la crisis que vive el derecho de autor en el ámbito digital, ya sea porque algunas corrientes doctrinarias cuestionan su vigencia o porque proponen cambios en la regulación. La segunda dificultad, se relaciona con la determinación los sujetos que se encuentran involucrados en los actos ilícitos que se desarrollan en el ámbito digital y la identificación de sus responsabilidades.

CAPÍTULO II. OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL.

1. EVOLUCIÓN DEL OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN LA DOGMÁTICA JURÍDICA.

La responsabilidad civil extracontractual se caracteriza por tener un contenido general aplicable a todo tipo de regulaciones de carácter civil. El daño es el presupuesto central de este complejo normativo. Determinar un daño supone decir que alguien ha sido afectado por la conducta de otro.

Lo anterior, tiene por fundamento la existencia de un interés digno de protección, cuya trasgresión ocasiona un daño que debe ser reparado o compensado.

La doctrina clásica sobre derechos de daños ha desarrollado la idea de que la indemnización representa, en principio, una compensación que se otorga como consecuencia del perjuicio o daño sufrido por una persona sobre un derecho subjetivo². La idea de derecho subjetivo es entendida por Zannoni como un poder de actuar atribuido por la ley a una persona determinada³. Esta es una interpretación restrictiva del daño, que en el derecho chileno no encuentra sustento legal. El artículo 2.314 de Código Civil chileno establece que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”. Esta definición no establece ningún requisito especial sobre la naturaleza del objeto que está siendo afectado.

² MOSSET Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por Daños Parte General, Buenos Aires-Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, 3 v, p. 255.

³ ZANNONI, Eduardo A. El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires-Argentina. Editorial Astreo, 1993, 471p, p. 27.

En la doctrina nacional, Alessandri Rodríguez ha aclarado que el daño no necesariamente debe estar representado por el detrimento, perjuicio, menoscabo o molestia que sufra la persona en un derecho⁴. El daño también puede afectar un interés de la víctima siempre que sea legítimo⁵.

Esta noción de interés legítimo es criticable en la medida que se estaría imponiendo un requisito ajeno al texto legal, que restringiría el concepto de daño. Su cuestionamiento ha surgido a raíz de la aplicación de la responsabilidad en casos de concubinato, ya que, al sostenerse la noción de objeto de protección como equivalente a interés legítimo, la concubina no tendría titularidad para reclamar el resarcimiento de los daños en el caso que muriera su pareja, debido a que esa relación no representaría un interés digno de protección⁶.

En la doctrina argentina, Zannoni ha dicho que la idea de interés también debe amparar intereses simples. Estos se caracterizan por no tener un reconocimiento legal como derecho subjetivo, pero al mismo tiempo no representan intereses repugnados por el derecho⁷. Así, se caracterizan porque su goce es lícito. Por otro lado, Díez-Picazo ha constatado que en España la protección de intereses legítimos ha sido reconocida por la vía de la jurisprudencia⁸.

Este estudio recoge la tesis de que tanto los intereses lícitos como los derechos subjetivos, conforman el objeto de protección de la responsabilidad civil extracontractual, es decir, se adhiere a la noción amplia sobre el objeto de protección.

En seguida se va a examinar la aplicación de las reglas de responsabilidad civil extracontractual al derecho de autor, para cuyo efecto será necesario, en primer lugar,

⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago-Chile, Editorial Editores Ltda, 1983, 2 v, p. 210.

⁵ ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo, op cit, p. 213.

⁶ Esta discusión no solo se ha desarrollado en la doctrina nacional, sino que principalmente en el derecho comparado y sobre la base del mismo caso del concubinato.

⁷ ZANNONI Eduardo A, op cit, p. 29.

⁸ DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 8ª ed. Madrid-España, Editorial Tecnos, 2000. 577p, p. 531.

establecer cual es el interés que sustenta la regulación chilena en la ley N° 17.336, ya que, como se ha advertido, la determinación del interés es un elemento vital que permite entender el objeto de la protección del derecho de autor.

2. OBJETO DE PROTECCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL SOBRE LA PROPIEDAD INTELECTUAL.

Los criterios necesarios para realizar un análisis sobre el objeto de protección de la propiedad intelectual, se desprenden del desarrollo de la propiedad literaria y artística. El contenido de la regulación chilena se estableció sobre la base de una corriente jurídico-continental liderada por Francia. Así, para entender el carácter de la regulación es necesario analizar los orígenes de la regulación francesa.

A. Orígenes de la Propiedad Intelectual en la Tradición Continental.

Los orígenes de esta tradición se remontan a los primeros desarrollos realizados en Francia, en los decretos promulgados por la Asamblea Constituyente de la Revolución Francesa de 1791 y 1793⁹. Su reconocimiento es aplicado por los países que basan su regulación en el derecho romano¹⁰. Ricardo Antequera dice que, desde los inicios de la regulación francesa sobre derecho de autor, se resalta un carácter esencialmente individualista, centrado en la persona física del artista¹¹.

La denominación francesa es *droit d'auteur*, expresión que al igual que en el derecho chileno, alude al sujeto del derecho, es decir al autor-creador¹². Algunos estudiosos de la disciplina lo han conceptualizado como un derecho subjetivo derivado del acto personal de

⁹ ANTEQUERA Parilli, Ricardo, Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Derechos Conexos, op cit, p. 15.

¹⁰ LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires-Argentina. Editorial UNESCO/ CERLALC/ ZAVALIA, 1993. 993p, p. 18.

¹¹ ANTEQUERA, Ricardo, op cit, p. 15.

¹² LIPSZYC, Delia, op cit, p. 18.

la creación, considerándose a la obra como parte de la personalidad del autor, permaneciendo unida a él durante toda la vida¹³.

El reconocimiento al autor tiene especial relevancia en relación con el análisis del derecho moral, ya que la indisolubilidad originaria que existe entre la obra y el autor, le otorga a este último, un estatuto legal extenso basado en la inalienabilidad e irrenunciabilidad del derecho moral. Una de las consecuencias directas que se producen al reivindicar el rol del autor frente a su obra, es que en las regulaciones jurídicas de tradición continental la figura de las licencias no voluntarias no es tan extendida en su normativa interna¹⁴. Las licencias no voluntarias se caracterizan por permitir que se utilice la obra del autor, sin que éste pueda oponer excepción alguna. A cambio, se le otorga una remuneración por el uso que se hace de ésta.

Otra consecuencia que se produce al establecerse la importancia del vínculo del autor con la obra, consiste en que las facultades de ejercer el derecho patrimonial que deriva de la obra, son concedidos al autor, determinándose como única limitación, las excepciones establecidas en forma expresa en la ley¹⁵. Por otro lado, tal como lo constata Delia Lipszyc, ésta tradición jurídica no reconoce un sistema de *numerus clausus* en relación con los derechos patrimoniales. Al derecho de carácter patrimonial, le es reconocido un carácter genérico, por lo que es inclusivo de todas las formas de utilización que sean posibles. Esto se diferencia de las limitaciones, que siempre son específicas¹⁶.

B. Orígenes de la Propiedad Intelectual en la Tradición Anglosajona.

También es necesario analizar los criterios que sustentan el origen de la regulación angloamericana, con el objeto de mostrar las diferencias de contenido que presentan los diversos orígenes de la regulación sobre el derecho de autor. Esta diferenciación adquiere especial relevancia en la actualidad chilena, debido al Tratado de Libre Comercio firmado

¹³ VIÑAMATA Paschkes, Carlos. La Propiedad Intelectual. México. Editorial Trilla, 1998. 360p, p. 105.

¹⁴ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 52.

¹⁵ ANTEQUERA Parilli, Ricardo, op cit, p. 16.

¹⁶ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 50-51.

con Estados Unidos. En efecto, este acuerdo bilateral incorpora un capítulo completo sobre propiedad intelectual y por ende también sobre derecho de autor. Así, el diferente carácter de las normativas de ambos países se deberá conciliar teniendo en consideración los diversos intereses envueltos en ambas tradiciones jurídicas.

En la tradición anglosajona el derecho de autor es conceptualizado como *copyright*. La regulación tiene por objetivo principal la protección de las obras artísticas, con el fin último de lograr un beneficio al público en general. El interés que sirve como sustento a esta consagración jurídica es la progresión del saber. Lo anterior conlleva a que exista una focalización en la obra misma más que en el creador.

Se caracteriza por tener principalmente una orientación comercial, enfoque que prioriza en su regulación, las formas de explotación de la obra¹⁷. Esto queda caracterizado en el sistema de *copyright*, ya que, a diferencia de la corriente continental, no hace ninguna mención al autor, sino más bien resalta el ejercicio de los derechos que derivan de la obra por medio de su explotación¹⁸. Al interés público se le otorga mayor relevancia en comparación con el interés del autor, pero, a pesar de lo anterior, no se deja en indefensión al creador. Una muestra de la relevancia del interés público, está representada por la ley de New Hampshire en Estados Unidos, que especifica en su preámbulo que mejorar la instrucción y hacer que la civilización progrese, son cosas que dependen de los individuos dotados de instrucción¹⁹. Por otro lado, el caso *Wheaton v/s Peters* del año 1834 consagra la idea de que proteger el interés individual del autor es un objetivo de carácter secundario²⁰.

Al tener como objeto principal de la regulación sobre derecho de autor, la explotación de la obra, se produce como consecuencia el establecimiento de las licencias no voluntarias y en algunos casos la carencia de disposiciones relativas al derecho moral. En efecto, cuando los países que participan de la corriente anglosajona, reconocen el derecho

¹⁷ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 15.

¹⁸ Ibid, p. 18.

¹⁹ YVON Ngombe Laurier. Derecho Natural, Derecho de Autor Francés y Copyright Norteamericano. *Revue Internationale Du Droit D° Auteur (RIDA)*, N° 194, Octubre 2002, p. 54 a la 66.

²⁰ YVON Ngombe Laurier , op cit, p. 78-84.

moral, siempre los consagran en forma limitada, otorgando al titular la facultad de renunciar a tales derechos²¹. A pesar de este reconocimiento limitado, la incorporación de los derechos morales ha representado un elemento de unificación de la corriente de origen francés con la anglosajona, lo que se debe principalmente al Convenio de Berna, ya que es a raíz de la ratificación de esta Convención Internacional, que el mundo angloamericano ha reconocido, por lo menos en cierta medida, la existencia de los derechos morales. Por otro lado, la falta de reconocimiento legal del derecho moral produjo en la práctica, que la protección de los intereses no patrimoniales del autor haya sido diferida a los tribunales de justicia. Así, el ejercicio judicial le otorgó protección a una parte importante de las facultades que integran el derecho moral, sobre la base de la protección general del common law²².

La orientación comercial que existe en el *copyright*, produce como consecuencia que el reconocimiento del derecho patrimonial o de explotación deban ser los exclusivamente tipificados por la ley²³. Así, como bien lo reconoce Ascarelli, “la concepción históricamente originaria en la tradición angloamericana del derecho de autor como monopolio excepcional para el ejercicio de una determinada actividad, explica porqué allí se alude a la disciplina de los derechos típicos de utilización y no se establece, en cambio, el derecho exclusivo del autor sobre cualquier tipo de utilización de la obra del ingenio que socialmente pueda considerarse como tal²⁴”.

²¹ ANTEQUERA Parilli, Ricardo, op cit, p. 16; Yvon Ngombe Laurier, op cit, p. 76.

²² LIPSZYC, Delia, op cit, p. 46.

²³ Ibid, p. 51.

²⁴ ASCARELLI, T, cit por Lipszyc, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires-Argentina. Editorial UNESCO/ CERLALC/ ZAVALIA, 1993. 993p, p. 51.

CAPÍTULO III: CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN SOBRE EL DERECHO DE AUTOR.

La ley N° 17.336 no cuenta con un amplio desarrollo sobre la protección y las acciones que el ordenamiento jurídico debe otorgar al autor, con el fin de hacer efectivos los derechos que le han sido concedidos. Debido a lo anterior, y considerando que el Código Civil representa la norma general y supletoria de toda regulación en el ámbito civil, es necesario recurrir a éste para satisfacer las necesidades de seguridad que un régimen jurídico debe otorgar a los titulares de derechos.

Con independencia de lo anterior, a pesar de que no corresponda su análisis en este trabajo, es importante recordar que existen otros mecanismos a través de los cuales los titulares de derechos pueden obtener algún tipo de protección. Dentro de estas alternativas es posible nombrar la acción derivada del enriquecimiento injusto²⁵ y en especial el Recurso de Protección (artículo 20 Constitución), aplicable a la garantía constitucional a favor de los autores (artículo 19 N° 25).

El recurso de protección ha sido utilizado en ciertas oportunidades para poner término a acciones que implican una privación, perturbación o amenaza al ejercicio del derecho de autor. El problema que presenta el uso de esta acción deriva de su naturaleza cautelar. Este recurso no permite que los jueces hagan un análisis minucioso de la normativa sobre propiedad intelectual, ya que su objetivo no es dirimir una contienda o establecer derechos en forma permanente²⁶. Esto queda demostrado en la siguiente resolución judicial: “El obtener un pronunciamiento acerca de quien es el dueño de la

²⁵ BARROS Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago-Chile, Editorial Jurídica, 2006. 1230p, p. 930.

²⁶ SCHUSTER Vergara, Santiago. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, sobre Responsabilidad de Proveedores de Servicios en Internet, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Editorial Palestra, Lima, 2007, p. 431.

canción presentada, es materia de un juicio civil de lato conocimiento, pero de ningún modo del especialísimo recurso de protección” (Corte Suprema, 19 mayo de 1988, Recurso de Protección, Cosentino Fabri, Claudio y otros con Alcaldesa de Viña del Mar).

En relación con la aplicación de normas sobre responsabilidad civil extracontractual, es necesario reconocer que la reciente modificación realizada el año 2003 a la ley N° 17.336, mediante la ley N° 19.914, contribuyó a desarrollar una regulación con carácter especial, que logra individualizar las formas a través de las cuales se causan perjuicios al titular del derecho de autor.

El que se describan en forma detallada diversas formas de actividades que pueden ocasionar daño, representa un beneficio significativo para los autores (o titulares del derecho de autor), ya que, en la práctica judicial chilena, son ellos los que interponen demandas de responsabilidad. En efecto, en Chile prácticamente no se utiliza la acción popular para denunciar los delitos sancionados por la LPI, prevista en su artículo 84²⁷. La contribución que tal descripción de la norma hace a favor del titular afectado se explica porque siempre será más fácil probar la vulneración de derechos cuando las posibles formas que constituyen perjuicio se encuentran identificadas en un texto legal. El beneficio se manifiesta en la elección de los medios probatorios, debido a que la prueba se centrará en los supuestos de hecho establecidos en el texto de la ley, con lo cual claramente el demandante obtiene ventajas económicas dentro del proceso judicial.

1. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.

En primer lugar, es necesario analizar los elementos que la doctrina ha identificado como necesarios para que proceda la responsabilidad civil. Su identificación se desprende de los artículos 2.284, 2.314 y 2.319 CC²⁸. Sobre la base de las nociones generales que ha desarrollado la doctrina, se analizarán posteriormente cada uno de esos elementos en la

²⁷ Artículo 84: “Existirá acción popular para denunciar los delitos sancionados en esta ley. El denunciante tendrá derechos a recibir la mitad de la multa respectiva”.

²⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 129.

ley de propiedad intelectual. El objetivo consiste en identificar alguna particularidad en las exigencias de la LPI o simplemente constatar que los elementos se satisfacen con las nociones generales del derecho civil.

A. Acción u Omisión.

Para que sea posible establecer la responsabilidad de una persona, debido al perjuicio ocasionado, es necesario que exista una conducta humana involucrada²⁹. Esta conducta puede estar representada ya sea por acción u omisión.

i. Nociones Generales de Acción u Omisión.

La acción es representada como un comportamiento positivo³⁰. En relación con la omisión se exige, como requisito particular, que se produzca la no ejecución de una acción que el sujeto tenía la obligación de realizar. Esta relación que se establece entre el comportamiento omisivo y deberes de actuación, tiene por fundamento la necesidad de demostrar que no todo comportamiento omisivo debe constituir un elemento determinante que genere responsabilidad³¹.

A pesar de que es necesario que todo ilícito se funde en un hecho del hombre, esto no significa que este hecho deba ser causa directa o inmediata del daño³². Así por ejemplo, en las responsabilidades por un hecho de las cosas, el sujeto es responsable en el supuesto que una acción u omisión suya, constituya una infracción a un deber de cuidado que posteriormente produjo como consecuencia indirecta la comisión de un daño o perjuicio. En definitiva lo que se exige es que exista un daño que sea reconducible a la conducta libre de un sujeto³³.

²⁹ RODRÍGUEZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999. 505p, p. 119.

³⁰ BARROS Bourie, Enrique. Apuntes de clases de curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual, año 2001, p. 30.

³¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de Daños. Madrid-España. Editorial Civitas, 2000. 367 p, p. 288.

³² RODRÍGUEZ, Pablo, op cit, p. 122.

³³ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 30.

ii. **Acción u Omisión en la LPI.**

En relación con la acción, en la ley de propiedad intelectual no existe ninguna referencia en particular, por lo que es necesario aplicar las nociones generales que la doctrina ha desarrollado sobre este elemento.

En cuanto al daño por omisión, existe un artículo que es particularmente interesante, ya que establece en forma expresa un caso en que existe el deber de actuar de una forma determinada. La regulación está contenida en el artículo 19 LPI, que consagra la obligación de obtener una autorización expresa del titular del derecho de autor, si se pretende utilizar públicamente una obra del dominio privado. En consecuencia, en el caso que el acto que contempla el artículo 19 LPI no se realice, existirá certeza en relación con la constatación de una omisión que puede generar responsabilidad.

B. **Capacidad.**

Este es un elemento que, a diferencia de los otros, contiene una dimensión subjetiva dentro de su estructura.

i. **Consideraciones Generales sobre la Capacidad.**

La regulación sobre responsabilidad civil exige que el acto que provoca perjuicio sea voluntario. La satisfacción de este requisito consiste en la constatación de la edad y discernimiento del sujeto, evaluación que consiste en analizar si el sujeto tiene un grado mínimo de aptitud de deliberación para discernir lo correcto de lo incorrecto³⁴.

La legislación chilena ha establecido por regla general, que en principio todo sujeto es capaz (artículo 1.446 CC). Así, la incapacidad se determinará por las reglas especiales que establezca la ley. El Código Civil regula las incapacidades para ser responsable civilmente

³⁴ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 31.

en el artículo 2.319³⁵. Este artículo señala que “No son capaces de delito o cuasidelito los menores de siete años ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a la prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento; y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior”.

ii. **Capacidad en la LPI.**

La ley de propiedad intelectual no contiene ninguna norma que establezca una regulación especial en relación con el elemento de la capacidad. Como consecuencia de lo anterior, se deben aplicar las reglas generales consagradas en el Código Civil.

C. **Culpa o Dolo.**

Este elemento se determina sobre la base de la diligencia con la que el infractor debe actuar.

i. **Consideraciones Generales sobre la Culpa.**

La definición de culpa que ha sido acogida por la mayoría de la doctrina nacional, es desarrollada por Alessandri, quien define la culpa como “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres prudentes emplean ordinariamente en sus actos y propios negocios”³⁶. Este mismo autor resalta el hecho que esta definición tiene la ventaja de permitir que el juez aprecie libremente caso a caso, si la acción u omisión que ha producido un daño determinado, es constitutiva o no de culpa³⁷. Para lograr lo anterior, el juez debe basar su raciocinio en las necesidades y circunstancias del caso.

³⁵ Algunos autores no analizan la capacidad como un requisito particular de la resposabilidad, independiente de los otros necesarios. En vez de analizarlo en forma separada, consideran que la capacidad es la dimensión subjetiva del elemento de la acción u omisión.

³⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 172.

³⁷ Ibid, p. 173.

Este elemento se caracteriza por basarse en un juicio respecto de una conducta, que se realiza sobre la base de un patrón objetivo de comparación³⁸. Así, establecer la culpa de un sujeto respecto a un determinado perjuicio, no representa un juicio de reproche personal, por lo que son irrelevantes los aspectos psicológicos o sociológicos del sujeto en cuestión³⁹.

En relación con la prueba de la culpa, por regla general, el Código Civil establece que debe ser probada por quien la alega (artículo 1.698 CC).⁴⁰

La incorporación de la noción abstracta de la culpa representa una solución a los siguientes problemas que surgen en el ejercicio de las acciones civiles. Por un lado, se evita que se constate la existencia de “Polvos de Culpa”, es decir, la confusión entre la culpa y el error. Según Díez-Picazo, la falta de definición objetiva de la noción de culpa, produce en fenómeno de que a ciertas personas las hagan responsables por hechos que tienen el carácter de lo “estadísticamente inevitable y humanamente disculpable⁴¹”, como lo son ciertos errores. Este autor cita como ejemplo los descuidos debidos a la relajación de la atención que ni la persona más diligente puede evitar en un momento dado⁴².

Por otro lado, la culpa en abstracto resuelve el problema de que los tribunales desarrollen sus criterios sobre la base de parámetros *ad-hoc*, sistema que se caracteriza porque el nivel de diligencia esperado sólo puede ser definido caso a caso⁴³. Esto produce como consecuencia, que los sujetos no tengan la posibilidad de prever las consecuencias de las conductas que realizan.

Dentro de la doctrina nacional existen dos tendencias diferentes que utilizan la noción abstracta de culpa.

³⁸ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 41.

³⁹ Ibid, p 40.

⁴⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 514.

⁴¹ DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 236.

⁴² Ibid, p. 236.

⁴³ Ibid, p. 236.

- **Culpa Equivalente a Culpa Leve Desarrollada en el Artículo 44 CC.**

En primer lugar, Arturo Alessandri postula que la noción de culpa en el ámbito extracontractual debe ser conceptualizada sobre la base del artículo 44 CC⁴⁴. Este artículo establece una tripartición abstracta de la culpa, conformada por culpa grave, leve y levísima.

Alessandri justifica la aplicación de ese artículo sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, hace mención al contenido de la norma. El autor señala que el artículo 44 CC, al establecer la noción de culpa, no hace referencia a una materia determinada, lo que permite concluir que esta norma tiene una aplicación general⁴⁵.

En segundo lugar, en relación con la distinción que el artículo 44 CC establece sobre tres especies de culpa, Alessandri concluye que la responsabilidad civil extracontractual debe utilizar sólo la noción de culpa leve⁴⁶. Así, la comparación entre la conducta del autor del daño y la que habría realizado un tipo de hombre ideal, debiera consistir en la diligencia que el hombre prudente emplea en sus actividades⁴⁷.

La propuesta de Alessandri, tiene por sustento el artículo 2.323 CC, norma establecida en el Título XXXV, titulado “De los Delitos y Cuasidelitos”, ubicado en el Libro IV del Código Civil. Esta norma establece que, “el dueño de un edificio es responsable a terceros (...) por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia”. La referencia al buen padre de familia que se realiza en ese artículo, establece la conexión que se debe realizar en materia de responsabilidad civil extracontractual, con la noción de culpa leve que consagra en artículo 44 CC.

⁴⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ Arturo, op cit, p. 172.

⁴⁵ Ibid, p. 172.

⁴⁶ Ibid, p. 173.

⁴⁷ Ibid, p. 173.

- **Culpa en el Ámbito Extracontractual Abarca las Tres Especies de Descuido Establecidas en el Artículo 44 CC.**

Dentro de esta misma tendencia a relacionar el elemento de la culpa de responsabilidad civil extracontractual con el contenido del artículo 44 CC, es importante citar a Carlos Ducci y a Luis Claro Solar, quienes proponen que el agente debe responder por todo tipo de culpa.

Esto produciría el fenómeno de que bastaría con incurrir en culpa levísima para ser responsable civilmente⁴⁸. Claro Solar agrega que esto produce como consecuencia que la regulación sobre responsabilidad civil extracontractual sea más severa que las normas contractuales, ya que en este último caso, la regla general es la culpa leve⁴⁹.

- ii. **Noción de Culpa en la LPI.**

En la doctrina se han desarrollado dos posturas relacionadas con la noción de culpa. Por un lado se señala que, en el ámbito del derecho de autor corresponde aplicar la culpa infraccional, ya que el artículo 19 LPI la consagraría⁵⁰. Otros afirman que del artículo 19 LPI no es posible concluir que la culpa infraccional es aplicable en el ámbito del derecho de autor, y que en consecuencia se debe utilizar la noción general de culpa regulada en el ámbito civil.

Diferentes fuentes jurídicas afirman que la regulación sobre propiedad intelectual no utiliza la noción general de culpa que ampara el Derecho Civil. El artículo 19 LPI permite concluir que la responsabilidad extracontractual por vulneración al derecho de autor, exige como requisito la constatación de la culpa infraccional.

⁴⁸ DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General, Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1995. 423p, p. 105.

⁴⁹ CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Derecho Comparado, Santiago-Chile, Editorial Jurídica, 1979, v.1, p. 519.

⁵⁰ MAHÚ, Jorge, Jorge. Ilícitos Civiles y Penales en Materia de Derecho de Autor. Medidas Cautelares. Apuntes de clases, p. 8.

- **Culpa Infraccional.**

La culpa infraccional se caracteriza por estar determinada por un deber de cuidado establecido por la ley⁵¹. Según Barros, el principio básico consiste en que, en el caso que se produzca un perjuicio como consecuencia de la infracción de estos deberes de cuidados establecidos por el legislador, el acto es considerado *per se* ilícito⁵². Así, en los casos que el daño provenga de la violación de una obligación determinada, impuesta por la ley o reglamento, hay culpa por el sólo hecho que el sujeto haya infringido aquella disposición legal o reglamentaria⁵³. Se dice que en este caso existiría culpa, debido a que el incumplimiento de la obligación, sería suficiente para demostrar que se omitieron las medidas de prudencia que el legislador estimó necesarias para evitar el perjuicio⁵⁴.

En el caso de la culpa infraccional, ya sea la ley o un reglamento, debe existir un desarrollo preciso de las obligaciones, en cuyo caso, la inobservancia de esas normas representa la infracción del deber de cuidado que concretamente incumbía al agente en esas circunstancias⁵⁵.

Este sistema de la culpa infraccional o culpa contra la legalidad, otorga un cierto nivel de certeza a los sujetos perjudicados, que no es posible de constatar en las nociones generales de la culpa. En efecto, la ventaja que presenta la culpa infraccional, consiste en establecer una clara delimitación sobre los deberes de cuidado exigidos⁵⁶.

A pesar de lo anterior, no es posible afirmar que el cumplimiento de la obligación impuesta por ley o reglamento, garantice que el sujeto haya actuado con la diligencia debida⁵⁷. Esto se debe a que la persona no queda exenta de adoptar todas las medidas necesarias para actuar con la prudencia que requieran las circunstancias del caso. En este

⁵¹ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 50.

⁵² Ibid, p. 50.

⁵³ RODRÍGUEZ, Pablo, op cit, p. 183.

⁵⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 176.

⁵⁵ GÓMEZ Nader, Jorge Luis. La Responsabilidad Extracontractual en los Accidentes de Tránsito. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, 2005. 772p, p. 79.

⁵⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 358.

⁵⁷ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 53.

caso, Alessandri dice que corresponderá al juez considerar si las medidas habrían sido tomadas por un hombre prudente⁵⁸. En consecuencia, de acuerdo a las circunstancias particulares del caso, será necesario que el juez recurra a las reglas generales de la culpa en el ámbito extracontractual.

Este mecanismo generalmente es utilizado en regulaciones sobre tráfico vehicular, en las que se suelen redactar reglas de tal nivel de especificación, que, por ejemplo, regulan la velocidad máxima con la que se permite transitar en zonas urbanas o rurales. Este nivel de detalle en la regulación, es esencial para aplicar el mecanismo de culpa infraccional, ya que, esta se caracteriza por no contener deberes de cuidado desarrollados en forma general y amplia.

Finalmente, es necesario aclarar que, para que exista responsabilidad en los casos que se está en presencia de la culpa infraccional, se requiere que el daño se haya producido a causa de la infracción⁵⁹.

iii. **Argumentos para sostener que la Culpa Infraccional es aplicable en el Derecho de Autor.**

- **Doctrina Nacional.**

El principal argumento que existe para justificar la aplicación de la culpa infraccional en los casos de responsabilidad civil extracontractual sobre derecho de autor, es el enunciado del artículo 19 LPI. En este se establece que, “nadie podrá utilizar públicamente una obra de dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor. La infracción de lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes”.

La necesidad de obtener una autorización expresa del titular del derecho, con el objeto de usar públicamente su obra, constituiría la obligación establecida por ley que da

⁵⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 180.

⁵⁹ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 51.

existencia a la culpa infraccional en este ámbito. Así, el deber de cuidado exigido no quedaría al arbitrio del juez, sino que, en este caso, es la ley la que establece cual es el nivel de diligencia con el que debe actuar un sujeto, y así, evitar ser responsable de los daños ocasionados.

Por otro lado, se señala que el Código Civil también recoge responsabilidades basadas en la culpa infraccional. Por ejemplo, el artículo 667, a propósito de la especificación en la accesión, señala que “el que ha hecho uso de una materia ajena sin conocimiento del dueño, y sin justa causa de error, estará sujeto en todos los casos a perder lo suyo, y a pagar lo que más de esto valieren lo perjuicios irrogados al dueño (...)”. Para dar por acreditada la infracción en este caso, es necesario probar que se ha hecho uso de material ajeno, sin consentimiento de su dueño, quedando el infractor obligado a reparar los daños que ha causado y perdiendo la propiedad de la obra ejecutada, a menos que ésta valiera considerablemente más que la materia.

El artículo 667 CC constituiría un caso similar a la prohibición del artículo 19 LPI, ya que la norma describe una conducta muy clara de la que se deriva responsabilidad, de allí que baste invocar la ley para reclamar la reparación de los daños, acreditando el menoscabo patrimonial sufrido, sin necesidad de acreditar un factor de imputación, ya que éste queda absorbido por la tipicidad de la figura.

La doctrina señala que en el caso del uso no autorizado de una obra, la antijuricidad de la conducta no tiene como antecedente el incumplimiento de la obligación genérica de no causar daño por imprudencia o dolo, reglamentada en el artículo 2.314 del Código Civil. En este caso es una norma expresa la que establece dos conductas: nadie puede utilizar una obra sin la autorización expresa del titular del derecho de autor y, el que incumpla este dispositivo es responsable civil y penalmente.

En este sentido, la sola falta de autorización para utilizar una obra intelectual, convierte la conducta del responsable de dicho uso en un acto ilícito civil y penalmente.

- **Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.**

Según la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, la incorporación de la culpa infraccional en el ámbito del derecho de autor tiene su origen en el sistema alemán, ya que la ley de derecho de autor de 1870 instaura la responsabilidad por daño sin culpa conforme al enriquecimiento obtenido⁶⁰.

Señala que el sistema objetivo de responsabilidad legalmente establecido se ha mantenido en las leyes actualmente vigentes. Por ejemplo, el sistema español, establece la culpa infraccional conforme a lo dispuesto en el artículo 135 TRLPI⁶¹, ya que no hay distinción de supuestos de hecho al no diferenciar entre la buena o mala fe del sujeto que utilizó el derecho. En definitiva, se afirma que no es necesario probar la culpa cuando se pretende establecer la responsabilidad de un sujeto que ha realizado una infracción que afecte al derecho de autor⁶².

⁶⁰ OMPI-SGAE/DA/ASU/05/11, XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de Latinoamérica: El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital. Documento de fecha 7 noviembre 2005, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_4.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007p. 4.

⁶¹ El texto de la OMPI desarrolla su análisis sobre la base del artículo 135 TRLPI. El artículo 135 TRLPI regula las excepciones al derecho "*sui generis*", dentro de las que señala que "El usuario legítimo de una base de datos, sea cual fuere la forma en que ésta haya sido puesta a disposición del público, podrá, sin autorización del fabricante de la base, extraer y/o reutilizar una parte sustancial del contenido de la misma, cuando se trate de una extracción para fines privados del contenido de una base de datos no electrónica. A pesar de la referencia expresa que el texto hace del artículo 135 TRLPI, creemos que el artículo está mal citado. Considerando que el texto señala que no hay distinción de supuestos de hecho para imputar responsabilidad, evidentemente se están analizando las acciones que la ley contempla para brindar efectiva protección al derecho de autor. Es debido a lo anterior, que se propone tomar como referencia el artículo 138 TRLPI, ya que éste consagra acciones y medidas cautelares urgentes. En efecto, la culpa infraccional debería ser aplicada a la acción de indemnización de los daños materiales y morales causados al titular del derecho infringido.

⁶² OMPI-SGAE/DA/ASU/05/11, XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para países de Latinoamérica: El Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital, http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_4.pdf, de fecha 10 de septiembre 2007, op cit, p. 4.

- **Jurisprudencia Nacional.**

En la jurisprudencia chilena existe un fallo en que expresamente se reconoce la aplicación de la culpa infraccional o contra la legalidad, dentro del ámbito de la propiedad intelectual.

La resolución fue dictada por el Segundo Juzgado Civil de Ovalle, Rol N° 403-04. La Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) interpuso una acción de indemnización de perjuicios contra Sociedad Hotelera Valle del Encanto Limitada por causa del uso no autorizado de las obras musicales del repertorio de la SCD. Señalan que el demandado utilizó obras musicales en “Gran Hotel” mediante en empleo de diversos medios o procedimientos, tale como la recepción de televisión con altavoz. Esto implicó la comunicación al público de un repertorio musical representado por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor, sin la debida autorización de los titulares de los derechos de autor.

En el considerando décimo quinto, el tribunal dice que es preciso establecer, si la actuación de la demandada ha sido culpable y la naturaleza de dicha responsabilidad.

Luego, en el considerando vigésimo octavo el tribunal declara que “toda infracción a los derechos de autor y conexos consagrados en la ley es de por si una acción antijurídica (...) la conducta demandada resulta de lo que la doctrina denomina “culpa contra la legalidad”, ya que el daño proviene de la violación de una obligación impuesta por la ley: se violó la Ley de Propiedad Intelectual, al no cumplirse la exigencia de obtener la autorización (...) esta acción provoca la lesión a los titulares de los derechos, tanto en su ámbito moral como económico (...) la apreciación de la conducta del autor del daño es innecesaria si éste proviene de la violación de una obligación determinada impuesta por la ley⁶³”.

⁶³ Segundo Juzgado Civil de Ovalle, Rol 403-04, 22 de Abril del 2005.

Este considerando del fallo tiene varios aspectos interesantes de analizar. En efecto, por primera vez se reconoce expresamente la aplicación de la culpa infraccional o contra la legalidad en un fallo sobre derecho de autor.

En segundo lugar, el fallo establece que “se ha provocado una lesión tanto en el ámbito moral como económico”. Es necesario recordar en este caso, que el perjuicio moral detectado en el fallo, surge a raíz del daño que afecta a un derecho patrimonial del titular del derecho de autor. Así, este caso representa un buen ejemplo que permite retratar los casos en que un derecho patrimonial es objeto de daño moral y no sólo de daños de carácter puramente económicos. Más adelante, en el capítulo sobre Consideraciones Especiales Sobre el Régimen de Responsabilidad Civil Extracontractual y la Regulación sobre el Derecho de Autor, se desarrollará un minucioso análisis sobre los derechos patrimoniales y su relación con los daños patrimoniales y morales.

La tesis desarrollada por el Segundo Juzgado Civil de Ovalle, ha sido ratificada en forma expresa y unánime por la Corte Suprema en la causa Rol 86-2006, en sentencia de fecha 26 de marzo de 2007. En el considerando catorce, el tribunal señala que “al contrario de lo afirmado por la recurrente, la sentencia impugnada determina con suficiente claridad la conducta infraccional “tipificada con la norma antes referida- al señalarse en el acápite c) del considerando décimo cuarto de aquella de primer grado, reproducida en segunda instancia, que la empresa demandada no ha solicitado ni obtenido la licencia o la autorización previa de la Sociedad Chilena de Derecho de Autor ni de otra entidad de gestión de derechos de autor extranjera, ni individualmente, de los titulares de esos derechos, para la ejecución y difusión pública de sus obras musicales, a través del sistema de televisión por cable”⁶⁴.

⁶⁴ Fallo del 26 de marzo de 2007, en causa Rol 86-2006, pronunciada por la Tercera Sala de la Corte Suprema, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez, Sr. Milton Juica, Sr. Adalis Oyarzún, Sr. Héctor Carreño, y el Abogado Integrante Sr. Carlos Kunsemüller, en autos sobre recurso de casación en la forma y en el fondo, en contra de la sentencia de reemplazo pronunciada por la Corte de Apelaciones de la Serena, que en su parte pertinente acogió la demanda de indemnización de perjuicios por la utilización indebida de las obras.

- **Jurisprudencia Española.**

Sentencia del Juzgado de los Mercantil de Murcia, de fecha 8 de marzo del 2006. Este fallo se dictó a raíz de la interposición de una demanda por el Centro Español de Derechos Reprógrafos (CEDRO) debido a una reproducción ilícita de obras impresas que no tenía la autorización o licencia para realizar la actividad de reproducción de obras dentro de los límites y bajo la remuneración establecida por CEDRO. La demanda fue acogida en primera instancia, pero CEDRO apeló a la sentencia, ya que no estaban conformes con el monto de la indemnización que debía pagar el demandado⁶⁵.

El tribunal de segunda instancia señala que “acreditado el hecho de la infracción del derecho de propiedad intelectual, surge automáticamente la correspondiente obligación indemnizatoria a cargo de la parte demandada”.

D. Daño.

Como dice Alessandri, “la obligación de reparar un daño nace precisamente de haberse ocasionado”⁶⁶. Así el daño constituiría una de las condiciones necesarias de la pretensión indemnizatoria del sujeto que ha sufrido un perjuicio⁶⁷.

i. Noción General.

A falta de una definición legal de daño, la mayoría de la doctrina nacional ha asumido la establecida por Alessandri. “Daño es todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, etc”.

Existen diferentes tipos de daños. La clasificación principal consiste en distinguir entre daños morales y patrimoniales. La primera ha sido definida como todo menoscabo no

⁶⁵ <http://www.juzgadomercantil.com/index.php/archives/309>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

⁶⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 209.

⁶⁷ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 94.

susceptible de evaluación pecuniaria⁶⁸. El daño patrimonial es definido como una lesión pecuniaria o disminución del patrimonio⁶⁹.

ii. **Noción de Daño en la LPI.**

En la ley de propiedad intelectual no existe una referencia especial en torno a una noción de daño que sea diferente a la utilizada en términos generales. Así, la noción general tiene plena aplicación en el ámbito de los derechos intelectuales.

- **Jurisprudencia Nacional.**

Es interesante resaltar dos fallos chilenos relacionados con la noción de daño en el ámbito del derecho de autor.

El primero, es un fallo de la Corte Suprema, basado en una demanda de indemnización de perjuicios interpuesta por los propietarios de un sistema computacional que permitió a Lotería Universidad de Concepción desarrollar un juego de azar denominado “Kino”. Los demandantes señalaron que el contrato celebrado con dicha institución terminó el 30 de septiembre 1992, y que los demandados continuaron usando el sistema computacional sin autorización de sus propietarios. Por otro lado, el contrato celebrado con Lotería Universidad de Concepción jamás significó la cesión del derecho de propiedad sobre el sistema computacional. El uso del sistema referido, sin la respectiva autorización, fue lo que motivó la interposición de la acción de indemnización de perjuicios (CS, 15.9.1999, RDJ, T. XCVI, sec. 1°, 158).

Lo relevante de este fallo es que la Corte Suprema, al analizar una demanda que tiene por fundamento la infracción al derecho de autor, desarrolla una definición de daño que recoge la noción de la doctrina. La sentencia señala que “por daño debe entenderse

⁶⁸ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 104.

⁶⁹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 220.

todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufra un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, etc.”⁷⁰.

Un segundo fallo interesante es el dictado por el Segundo Juzgado Civil de Ovalle, cuyos hechos fueron relatados con anterioridad⁷¹. Esta sentencia desarrolla una apreciación jurisprudencial de hechos que pueden constituir daño que afecte al titular del derecho de autor.

En el considerando vigésimo sexto del fallo se señala que “el derecho de los autores de autorizar la utilización de sus obras, constituye la esencia del derecho de autor (...) el consentimiento o autorización transforma la actividad del que las utiliza, en normal y lícita; y que por el contrario, la falta de autorización resulta perjudicial a los intereses del autor y constituye un atentado a sus derechos de explotación económica⁷²”. Esta afirmación del tribunal, contiene los suficientes elementos para concluir que el solo uso de una obra sin la respectiva autorización, produce por ese exclusivo hecho, un perjuicio al titular del derecho de autor. Así, la falta de autorización constituiría un daño de connotaciones económicas en sí mismo.

- **Doctrina Comparada.**

Dentro de la doctrina comparada Delia Lipszyc establece que “toda conducta antijurídica en infracción a los derechos de autor o derechos conexos causa per se un daño que debe ser reparado”⁷³. La autora dice que para el derecho común, a pesar de que medie una conducta antijurídica, puede darse el caso que no exista responsabilidad civil resarcitoria. Por el contrario, afirma que en el caso del derecho de autor, el daño se genera por el sólo hecho de la infracción⁷⁴.

⁷⁰ SCHOPF Olea, Adrián; GARCÍA Machmar, William. La Responsabilidad Extracontractual en la Jurisprudencial, Santiago-Chile, Editorial Lexis Nexos, 2007, 678p, p. 30-31.

⁷¹ Segundo Juzgado Civil de Ovalle, Rol 403-04, 22 de Abril del 2005.

⁷² Segundo Juzgado Civil de Ovalle, Rol 403-04, 22 de Abril del 2005.

⁷³ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 577.

⁷⁴ Ibid, p. 576.

En este mismo sentido, Eduardo de Freitas Straumann afirma que no es necesario probar la existencia del daño en los casos de violación al derecho de autor, ya que la sola vulneración de la tipificación a los hechos prohibidos por ley, constituye un perjuicio⁷⁵.

E. Causalidad.

Este elemento constituye el fundamento para ligar el daño a la acción de un determinado sujeto⁷⁶.

i. Noción General de Causalidad.

El elemento de la causalidad, debe ser analizado desde una doble perspectiva⁷⁷.

- **Perspectiva Naturalística.**

En primer lugar, se debe realizar un análisis desde una perspectiva naturalística. Esta debe expresar la relación de causa y efecto que existe entre un determinado hecho y un daño⁷⁸. Existen varias teorías que han tratado de determinar el criterio que debe imperar para identificar la necesaria relación que debe existir entre el hecho y el daño. Entre estas, la principal es la teoría de la equivalencia de las condiciones. Esta teoría se desarrolla sobre la base del ejercicio de la supresión mental, que consiste en declarar que determinada causa es condición *sine qua non* del daño, de modo que si ésta hubiese faltado, el resultado dañoso no se habría producido⁷⁹. La característica de esta teoría es

⁷⁵ DE FREITAS Straumann, Eduardo, XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina., Octubre 2006.

⁷⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 331.

⁷⁷ La distinción de esta doble perspectiva del elemento de la causalidad (incluidos los términos que son utilizados en la clasificación), corresponde al profesor Enrique Barros. Esta distinción no tiene una aceptación unánime en la doctrina. Así, a diferencia de Barros, Luis Díez-Picazo, retrata a estos dos elementos como parte de una evolución en la doctrina. En primer lugar, se habrían desarrollado las teorías que tienen un arraigo científico o naturalístico y luego la evolución habría producido un vuelco hacia una perspectiva normativa del elemento de la culpa.

⁷⁸ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 125.

⁷⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 334.

que considera como iguales a todos los hechos que han concurrido a la generación del daño⁸⁰.

- **Perspectiva Formativa.**

Esta perspectiva responde a la pregunta de si un daño puede ser objetivamente atribuido al hecho⁸¹. Son varias las teorías que se han desarrollado en torno a este aspecto formativo de la causalidad. Las principales son la teoría de la causalidad adecuada, que sostiene que la atribución de un daño supone que, el hecho del autor sea generalmente apropiado para producir el daño, ejercicio que se realiza sobre juicios de probabilidad⁸².

Otra teoría es la desarrollada por Claus Roxin. Este autor declara que un daño sólo puede ser imputado al sujeto, si su conducta ha creado un peligro para un bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y ese peligro se ha materializado en el caso concreto⁸³.

- ii. **Noción de Causalidad en la LPI.**

La Ley de Propiedad Intelectual no contiene una noción particular sobre esta materia, por lo que el contenido del artículo 2.329 CC y su desarrollo doctrinario, son plenamente reconducibles a este ámbito del derecho. Este artículo señala que “por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

⁸⁰ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 243.

⁸¹ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 131.

⁸² DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 338.

⁸³ ROXIN Claus. Derecho Penal Parte General. Madrid-España, Editorial Civitas, 1997, v. 1, p. 360.

**CAPÍTULO IV. CONSIDERACIONES ESPECIALES SOBRE EL RÉGIMEN DE
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL Y LA REGULACIÓN SOBRE EL
DERECHO DE AUTOR.**

**1. ANÁLISIS DE LA REponsabilidad CIVIL EXTRA CONTRACTUAL POR DAÑOS
AL DERECHO PATRIMONIAL.**

En relación con el derecho patrimonial, la ley de propiedad intelectual no desarrolla una regulación particular en cuanto al vínculo de este elemento con la responsabilidad civil extracontractual. En consecuencia, es necesario recurrir a las reglas generales del Código Civil para determinar su aplicación, ya que éstas representan las normas supletorias en esta materia.

Con el objeto de lograr una aplicación coherente de las normas del Código Civil al ámbito del derecho de autor, es necesario tener en consideración las principales características del derecho patrimonial, que sirven al propósito de distinguir el contenido del derecho patrimonial frente al derecho moral. Aclarar la diferenciación entre ambas regulaciones es esencial debido a que la naturaleza de estos derechos, tiene consecuencias directas en el tipo de protección que se debe otorgar lo que exige que no se haga un tratamiento igualitario entre ambas categorías del derecho de autor.

A. Características de Derechos Patrimoniales.

Algunos autores, tales como Enrique Barros, definen el derecho patrimonial como la constitución de la propiedad intelectual propiamente tal, ya que el titular de estos derechos tiene las facultades generales del dominio⁸⁴.

Los derechos patrimoniales se caracterizan por:

- No estar sujeto a números clausus: Las facultades que se establecen a favor del autor van variando en la medida que se multiplican las formas en que se puede hacer uso económico de las obras⁸⁵. Los nuevos mecanismos de explotación surgen como consecuencia de la evolución de la tecnología⁸⁶.
- Exclusivos: Estos derechos son exclusivos del titular, lo que trae como consecuencia que este sujeto sea el único autorizado para otorgar las respectivas autorizaciones, con el objeto de permitir que terceros puedan participar en el ejercicio de las facultades de explotación de una obra⁸⁷.
- Transferibles y transmisibles: El carácter patrimonial de estos derechos permite que el autor pueda transferir los derechos de explotación a terceras personas⁸⁸, como también la transmisión de los mismos, pero ambos por un período de tiempo limitado⁸⁹.

⁸⁴ BARROS Bourie, Enrique y Letelier, Max. Responsabilidad Civil por Daños al Derecho de Propiedad Intelectual en el Derecho Chileno. En; VII Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), (1992, Santiago-Chile), p. 564.

⁸⁵ BARROS Bourie, Enrique op cit, p. 565.

⁸⁶ COLOMBET, Claude. Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo, Estudio de Derecho Comparado. 3ª ed. Madrid-España, Editorial Unesco/CINDOC, 1992. 230p, p. 63.

⁸⁷ VEGA Vega, José Antonio. Protección de la Propiedad Intelectual. Madrid-España. Editorial Reus S.A, 2002. 479p, p. 117.

⁸⁸ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 177.

⁸⁹ Todas estas características se encuentran expresamente reconocidas en la ley N° 17.336, en los artículos 10, 17 y 18.

B. Relación de los Derechos Patrimoniales con el Daño Patrimonial.

El ejercicio que generalmente se realiza sobre los derechos patrimoniales, se desarrolla principalmente dentro del ámbito del comercio, aún cuando es posible que la afectación al derecho patrimonial no tenga una connotación comercial, como es el caso de una reproducción realizada para el mero disfrute del copista, o la adaptación de la obra sin que exista una finalidad comercial inmediata, es decir, basta el provecho a favor del infractor. En cualquiera de estos supuestos, inevitablemente se produce como consecuencia que los perjuicios que afecten al titular del derecho patrimonial, tengan en su mayoría, una repercusión económica.

La connotación económica representa el fundamento que justifica amparar los perjuicios de los derechos patrimoniales, desde la lógica del daño patrimonial. Así, se permite que el titular obtenga algún tipo de reparación por el daño material sufrido, que estaría representado por la disminución de su patrimonio⁹⁰. Es necesario recordar que es condición necesaria del daño patrimonial, que el perjuicio sea susceptible de ser avaluado en dinero⁹¹.

A pesar de lo anterior, aunque con menor frecuencia, también es posible constatar la existencia de daños morales en perjuicios que afecten al derecho patrimonial, como lo señaláramos con antelación en este estudio. Considerando que los daños morales tienen mayor aplicación dentro del ámbito del derecho moral, más adelante éstos van a ser analizados en profundidad.

El daño patrimonial está constituido por dos elementos que debe comprender una indemnización. Estos elementos son el daño emergente y el lucro cesante. La forma en que se desarrolla el ejercicio del derecho patrimonial en el ámbito del derecho de autor, produce dificultades para determinar el contenido, tanto del daño emergente como del lucro cesante. Debido a la importancia de ambos elementos en el ámbito de la

⁹⁰ RODRÍGUEZ, Pablo, op cit, p. 289.

⁹¹ Ibid, p. 290.

responsabilidad civil extracontractual, el desarrollo de los problemas que se constatan en relación con su aplicación, se analizarán con detalle, a continuación.

C. Problemas en Relación con la Identificación del Daño Emergente.

El daño emergente constituye el detrimento patrimonial efectivo al tiempo de concretado el perjuicio que afecta a un sujeto determinado⁹². El problema que se presenta al aplicar el daño emergente a los casos que existe un perjuicio que afecte el derecho de autor, se relaciona con la necesidad de identificar elementos que permitan determinar cual es el valor que constituye el daño emergente, en el caso que el perjuicio recaiga en un derecho patrimonial.

Enrique Barros logra una buena identificación de este conflicto. Este autor dice que, en los casos que se afecte a un derecho patrimonial, el daño emergente no se plantea de la misma forma que el perjuicio que se identifica en los bienes corporales.

“Esto se debe a que la obra intelectual no pierde valor intrínseco por su abusiva utilización por un tercero. La pérdida para el autor se puede producir, por ejemplo, cuando la divulgación imperfecta de la obra hace que su valor económico disminuya, como sería el caso de una obra musical que clandestinamente fuese difundida en una versión de técnica deplorable, que depreciara su valor económico”⁹³.

Es importante aclarar que la identificación de este problema, no pone en duda la incorporación del daño emergente dentro del análisis de la responsabilidad civil extracontractual en los casos de perjuicios derivados de la violación al derecho de autor.

Enrique Barros analiza un caso chileno en el que según él existiría una clara manifestación de daño emergente. La Corte Suprema, a raíz de un recurso de casación en el fondo, dictó una sentencia el año 2000, en la que identifica daño moral a raíz de la

⁹² RODRÍGUEZ, Pablo, op cit, p. 290.

⁹³ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 565.

infracción al derecho patrimonial. En este caso, Jaime F. Clavijo Díaz demanda responsabilidad civil extracontractual a la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, solicitando indemnización por perjuicios morales, por autorizar a un tercero para publicar y distribuir gratuitamente una guía turística sin el consentimiento de su autor (el demandante). En este caso se vulneró el derecho que tiene todo autor de publicar mediante la edición, su obra y el derecho de realizar distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de los ejemplares de su obra, ambos consagrados en el artículo 18 LPI⁹⁴ (CS, 2.11.200, RDJ, T. XCVII, sec. 1º, 212)⁹⁵. A pesar de que la sentencia solo analiza el daño moral para determinar la indemnización de perjuicios, Barros señala que el uso gratuito de la propiedad intelectual “produce daño emergente en razón del menor valor de la creación a consecuencia de la publicación”⁹⁶. Es decir, a falta de novedad de la obra artística hace que su valor de mercado disminuya en términos efectivos.

D. Problemas con la Identificación del Lucro Cesante.

Pablo Rodríguez define el lucro cesante como la utilidad, provecho o beneficio económico que una persona deja de obtener como consecuencia del hecho ilícito⁹⁷. Una de las fórmulas que en general se utilizan para establecerlo, es considerar el monto esperado y multiplicarlo por la probabilidad de que ocurra. En relación con lo anterior, Barros ha dicho que esta acción la puede ejercer el autor contra una persona que se

⁹⁴ Artículo 18 LPI: sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas: a) Publicar mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro; b) Reproducir la por cualquier procedimiento; c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción, y d) Ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizado en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes o por cualquier medio. e) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”.

⁹⁵ SCHOPF Olea, Adrián; GARCÍA Machmar, William, op cit, p.72.

⁹⁶ BARROS Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, op cit, p. 931.

⁹⁷ RODRÍGUEZ, Pablo, op cit, p. 291.

encontraba de buena o mala fe, ya que su fundamento radica en el enriquecimiento sin causa⁹⁸.

El problema que surge al aplicar la noción doctrinaria de lucro cesante a los casos de perjuicios que afecten a un derecho patrimonial sobre derecho de autor, se basa principalmente en la dificultad de establecer criterios para la determinación de su valor en dinero. Esto se debe a que la fórmula que comúnmente es utilizada, conlleva una incertidumbre propia de los conceptos hipotéticos⁹⁹, que se ve aumentada en relación con su aplicación al ámbito del derecho de autor. Esta dificultad no solo se manifiesta en el ámbito del derecho de autor sino que afecta a toda determinación del lucro cesante.

La fórmula utilizada por la doctrina, se basa en un juicio de probabilidad, que debe tener como criterio básico una sucesión causal normal y previsible, aplicando estándares ordinariamente aceptados en el medio respectivo¹⁰⁰. El problema que presenta esta fórmula en relación con el derecho de autor, es que tal como lo identifica Barros, las creaciones son de naturaleza individual, lo que produce como consecuencia que sea difícil traducirlas en categorías homogéneas¹⁰¹. Así, es difícil que un juez deduzca cual debe ser el desarrollo ordinario de los acontecimientos que razonablemente hayan podido producirse, en el caso particular, con el objeto de determinar en monto del valor que se dejó de percibir por la explotación ilícita de una obra.

Frente a éste problema, Barros propone que la valoración judicial del daño material deba justificarse sobre antecedentes del autor que la avalen¹⁰². Por otro lado, propone como segunda herramienta para facilitar la determinación del lucro cesante, que éste sea probado a través de presunciones¹⁰³.

⁹⁸ BARROS Bourie, Enrique, Responsabilidad Civil por Daños al Derecho de Propiedad Intelectual en el Derecho Chileno, p. 565.

⁹⁹ DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 232.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ, Pablo, op cit, p. 291.

¹⁰¹ BARROS Bourie, Enrique, op cit, p. 566.

¹⁰² Ibid, p. 566.

¹⁰³ BARROS Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, op cit, p. 931.

El Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos contiene disposiciones expresas sobre esta materia que van a ser analizadas en forma particular más adelante.

E. Problema Relacionado con el Artículo 82 LPI.

La ley de propiedad intelectual contiene en el artículo 82 la descripción de una serie de actividades que se pueden realizar en el caso que el tribunal haga efectiva la indemnización de perjuicios. Las alternativas son entregar, vender o destruir los ejemplares de la obra fabricados o puestos en circulación en contravención a los derechos de autor, del material que sirva exclusivamente para la fabricación ilícita de ejemplares de la obra, etc.

En relación con el contenido de éste artículo, Jorge Mahú ha dicho que la posibilidad de entregar los ejemplares, venderlos o incautar el producto obtenido por los ejemplares, tiene sentido en la medida que se entienda que, tanto los bienes como los ingresos obtenidos sirvan para hacer efectiva la indemnización de perjuicios a la que tiene derecho la víctima del daño¹⁰⁴. Así, el perjudicado tendría una facultad de accionar con dos alternativas. Por un lado, puede accionar sobre los bienes decomisados, o en segundo lugar, sobre los otros bienes pertenecientes al delincuente, lo cual permite garantizar el pago de las indemnizaciones¹⁰⁵. Luego, aclara que en el caso de la entrega de los ejemplares, el tribunal deberá fijar el precio de los bienes adjudicados, que se deducirá de los daños y perjuicios que deban ser reparados. Finalmente, Mahú dice que una interpretación contraria llevaría a la conclusión de que el artículo 82 LPI no tiene sentido.

“No existiría objeto si tales dineros no fueran destinados al pago de los perjuicios causados al titular de los derechos intelectuales”¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MAHÚ, Jorge, op cit, p. 9.

¹⁰⁵ Ibid, p. 9.

¹⁰⁶ Ibid, p. 10.

Desde el punto de vista de este trabajo, el artículo 82 LPI demuestra que las normas sobre responsabilidad civil extracontractual no son suficientes para satisfacer el objeto de protección, en relación con el ámbito patrimonial. El hecho que a una persona se le perjudique vendiendo miles de copias de su obra, sobre las cuales no existía la autorización correspondiente, representa un daño que no es posible de reparar en su integridad a través de una indemnización.

La indemnización tiene como función principal crear justicia correctiva, que se traduce en que el objeto o finalidad sea compensar a la víctima, con el propósito de dejarla en un estado de indiferencia entre el momento anterior y posterior al daño sufrido. A pesar de que ésta no es la única función de la indemnización, es la principal en los casos que se indemniza por causa de perjuicios de carácter pecuniarios. Así, esta función debería ser la aplicable a los casos en que se afectan los derechos patrimoniales del derecho de autor, debido a que éstos tienen un claro contenido avaluable monetariamente.

El problema que se presenta en el caso específico del derecho de autor, es que el resarcimiento de la víctima del daño no se satisface simplemente con una indemnización, sino que también es necesario impedir que los victimarios mantengan en su poder los objetos en los que se ha materializado la conducta dañosa y que fueron utilizados ilegalmente. La indemnización en este caso, simplemente entrega una suma de dinero, pero no permite obtener del victimario los bienes sobre los cuales se concretó la infracción.

Es en éste aspecto que tiene sentido el contenido del artículo 82 LPI, ya que permite recobrar, bajo diferentes mecanismos (incluso la destrucción), los bienes que fueron creados sobre la base de una obra artística y que fueron utilizados ilegalmente.

Lo anterior demuestra que las reglas de responsabilidad civil extracontractual, no son totalmente satisfactorias en el caso que se afecten los derechos patrimoniales de los autores.

F. Doctrina Comparada.

Para concluir éste análisis, es interesante examinar la regulación española, debido a las similitudes que mantiene con la legislación chilena.

En el estudio sobre La Panorámica de la Protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual, Antonio Delgado establece que los titulares de los derechos de autor pueden ejercer las acciones establecidas por ley para proteger el derecho de propiedad¹⁰⁷. El autor establece que en los casos exclusivos de explotación, es posible aplicar la acción reivindicatoria, con el objeto de conseguir el reconocimiento del derecho del propietario y que la utilización ilícita se someta al monopolio del titular del derecho de autor¹⁰⁸. Delgado establece que estos mecanismos son reconocidos por la LPI, al disponer de acciones especiales sin perjuicio de las otras generales que correspondan a los titulares del derecho de autor¹⁰⁹. Lo interesante de este caso, es que el ejercicio de la acción reivindicatoria no tiene por finalidad obtener la entrega de la cosa del actual poseedor ilegítimo, sino que el propósito es obtener una declaración del derecho del propietario, en este caso, el titular del derecho de autor.

Lo interesante de las observaciones de Delgado es que reconoce que en los casos que el daño afecte al derecho patrimonial, la acción general de propiedad es aplicable, lo que manifiesta que una de las necesidades que el sujeto perjudicado busca satisfacer, es el reconocimiento del monopolio legal que el titular del derecho de autor tiene sobre su obra. Esto confirma que la lógica de la propiedad es aplicable a los casos de los derechos patrimoniales, y más aún, se demuestra que uno de los objetivos del titular es, junto con que se le entregue una suma de dinero, terminar con un ejercicio que implica una vulneración de los derechos exclusivos que tiene el titular con la obra en cuestión.

Junto con lo anterior, existe un elemento que fue incorporado a la ley sobre propiedad intelectual española, que demuestra que la regulación sobre las acciones

¹⁰⁷ DELGADO Porras, Antonio. Panorámica de la Protección Civil y Penal en Materia de Propiedad Intelectual. Madrid-España. Editorial Civitas S.A, 1988. 135p, p. 92.

¹⁰⁸ DELGADO Porras, Antonio, op cit, p. 92.

¹⁰⁹ Ibid, p. 92.

especiales para dar protección al derecho de autor, también recoge la lógica de propiedad, desde la perspectiva del obtener el reconocimiento de la titularidad del derecho de autor.

La regulación española, al igual que la ley N° 17.336, establece acciones que tienen por objetivo el cese de la actividad, a través de las cuales se pueden retirar del comercio o pedir la destrucción de los ejemplares ilícitos (artículo 124.1.c,d,e LPI española antigua, actualmente es el artículo 139 N° 1 letra c del texto refundido de la ley de propiedad intelectual, de ahora en adelante TRLPI¹¹⁰)¹¹¹.

Por otro lado, a diferencia de la regulación chilena, las acciones españolas de inhibición y remoción, de carácter especial, reconocen la posibilidad de que la destrucción o entrega de los ejemplares no se aplique a los adquiridos de buena fe para uso personal (artículo 124.4 LPI española, actualmente 139 N° 4 TRLPI)¹¹². Lo interesante de éste último elemento es el reconocimiento de la buena fe, como elemento que altera las reglas civiles generales, a favor de un adquirente.

Esa misma lógica es acogida en la regulación chilena sobre la condición resolutoria de los contratos de compraventa. El Código Civil en el artículo 1.876 establece que la resolución del contrato por no haberse pagado el precio, no afecta a los terceros de buena fe que hubiesen adquirido la posesión de la cosa. Lo interesante de esta disposición, es que el contrato de compraventa representa un título apto para adquirir la propiedad, por lo que la regulación que se desarrolla en torno al tercero adquirente de buena fe, es parte de un sistema inspirado en la lógica de la propiedad.

Así, al constatar que la normativa española sobre derecho de autor, posee un contenido similar al desarrollado en el artículo 1.876 CC, es posible concluir que la legislación española también otorga protección a los titulares del derecho de autor, desde

¹¹⁰ En el año 1996, se creó en España un texto refundido con la normativa relacionada con propiedad intelectual. El texto de Antonio Delgado basa su análisis en la ley antigua, por lo que en el trabajo se ha optado por hacer referencia tanto a los artículos citados por Delgado, como también de su ubicación en la actual regulación.

¹¹¹ DELGADO Porras, Antonio, op cit, p. 94.

¹¹² Ibid, p. 95.

la lógica de la propiedad. Protección que se realiza no en cuanto a la propiedad de los ejemplares, sino en tanto ofrece a la víctima plenas facultades para evitar toda expresión material no consentida por el titular del derecho, en ejemplares habidos ilícitamente.

2. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑOS AL DERECHO MORAL.

Para analizar la protección que se debe otorgar a los derechos morales es necesario, al igual como fuera desarrollado con el derecho patrimonial, analizar en primer lugar las características de este derecho.

A. Características de los Derechos Morales.

Las principales características de los derechos morales son:

- **Inalienabilidad:** esta se encuentra consagrada en el artículo 16 LPI.
- **Irrenunciabilidad:** a diferencia de la regulación chilena, esta característica se encuentra expresamente recogida en el artículo 14 de la ley española de 11 de Noviembre de 1987 sobre propiedad intelectual. La regulación chilena, a pesar de la falta de regulación expresa en la ley N° 17.336, tiene un sustento legal para lograr su aplicación dogmática, al establecer que el derecho moral es parte de los derechos de la personalidad (situación que se analizará con detención más adelante). Es por lo anterior, que debe aplicarse el artículo 12 del Código Civil que establece lo siguiente: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. Así, en concordancia con el artículo recién citado, se concluye que las facultades del derecho moral no son posibles de ser renunciadas, debido a que existe dentro de la tradición latina un interés colectivo, en relación con la importancia de reconocer y proteger la unión que existe entre el autor y su obra, en cuanto a identidad se refiere. Lo anterior produce la consecuencia de que los derechos morales también sean intransferibles.

- Perpetuidad: esta característica se aplica exclusivamente a los derechos de paternidad e integridad de la obra. Su consagración se desprende del artículo 11 LPI donde se regulan las obras que pertenecen al patrimonio cultural común. En éste artículo se establece que esas obras podrán ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la integridad y paternidad de la obra.
- Imprescriptibilidad: tanto Diego Espín como Delia Lipszyc, fundamentan la incorporación de esta característica, en la regulación general que afecta al derecho civil que se consagra la imprescriptibilidad de los bienes que no están en el comercio humano¹¹³. El sustento legal chileno de esta característica se encuentra en el artículo 84 LPI, el que consagra una acción popular con el propósito de denunciar los delitos sancionados por esa ley, la que no tiene plazo que la limite en el tiempo.

B. Relación entre Derechos Morales y Derechos de la Personalidad.

La doctrina desarrollada en la tradición continental ha sido unánime en considerar que el derecho moral es inherente a la calidad de autor, debido a que está unido a la persona del creador¹¹⁴.

El estrecho vínculo que se identifica entre el autor y el derecho moral, es el fundamento principal que la doctrina invoca con el objeto de justificar un paralelo entre el derecho moral y los derechos de la personalidad.

Esta relación se basa en la coincidencia que existe sobre las características de ambas regulaciones. Así, en la doctrina nacional, Carlos Ducci ha señalado que los derechos de la personalidad, a pesar de no estar totalmente determinados, se caracterizan por ser inherentes a la persona humana, debido a que constituyen un atributo de la persona por ser tal¹¹⁵. Una similitud evidente se manifiesta en el derecho al nombre, el que,

¹¹³ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 157.

¹¹⁴ Ibid, p. 157.

¹¹⁵ DUCCI Claro, Carlos, op cit, p. 151.

según Ducci, forma parte de los derechos a la personalidad civil dentro de la clasificación que éste autor realiza de los derechos de la personalidad¹¹⁶.

Por otro lado, se ha señalado que el derecho moral integra el listado de diferentes derechos que han sido considerados por la doctrina como de la personalidad¹¹⁷. Incluso se establece en la propiedad intelectual, una regulación especial en relación con la obra seudónima.

En el ámbito de la doctrina comparada, Delia Lipszyc ha declarado, que el derecho moral “es un derecho esencial pues contiene un mínimo de derechos exigibles en virtud del acto de creación de una obra, sin los cuales la condición de autor perdería sentido, pero a diferencia de los derechos de la personalidad, no es innato porque no lo tienen todas las personas por la sola condición de tales sino solo las que son autores¹¹⁸”.

La acotación que realiza Lipszyc, demuestra que la similitud entre los derechos de la personalidad y el derecho moral no es exacta.

A pesar de lo anterior, sí existen otras características de los derechos de la personalidad que son asimilables al derecho moral. Por ejemplo, coinciden en ser derechos absolutos, debido a que es posible imponérselos a todos los demás sujetos¹¹⁹. Ambos son extrapatrimoniales en la medida que no son avaluables en dinero¹²⁰. Finalmente, tanto los derechos de la personalidad como el derecho moral son indisponibles y esenciales. El primero ya fue analizado con anterioridad. La incorporación del carácter de esencial del derecho se debe a que estos nunca pueden faltar¹²¹.

A pesar de la acotación realizada por Lipszyc, al analizar las características del derecho moral, es posible constatar la enorme similitud que mantienen con los derechos de

¹¹⁶ DUCCI Claro, Carlos, op cit p. 154.

¹¹⁷ VODANOVIC H, Antonio. Manual de Derecho Civil. Parte Preliminar y General, Santiago-Chile. Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2001. 402p, p. 267.

¹¹⁸ LIPSYC, Delia, op cit, p. 156.

¹¹⁹ VODANOVIC, Antonio, op cit, p. 256.

¹²⁰ Ibid, p. 257.

¹²¹ Ibid, p. 257.

la personalidad. Esto permite concluir que la protección que se realice del derecho moral, debe desarrollarse sobre la base de la lógica que impera en la protección de los derechos de la personalidad.

C. Relación entre Derechos Morales y Daños Morales.

Tanto el derecho moral como los derechos de la personalidad se caracterizan por el hecho que, en el caso que los afecte un perjuicio, es posible identificar daños que son avaluables pecuniariamente y otros (de gran relevancia en relación con el perjuicio sufrido) que no tienen una representación monetaria directa. Estos últimos están expresados por el daño moral.

El daño moral no tiene una definición en el Código Civil. Dentro de la doctrina nacional ha sido definido como el dolor, pesar o molestia que sufra una persona en su sensibilidad física, en sus sentimientos o afectos o en su calidad de vida¹²².

Con el objeto de graficar con mayor claridad lo expuesto en un principio, se va a utilizar el análisis realizado por Carlos Ducci en relación con los derechos de la personalidad.

Este autor establece que dentro de los derechos de la personalidad existen los derechos a la individualidad. Estos están compuestos principalmente por la integridad física, que implica protección de la vida, y de la integridad corporal¹²³. Los posibles perjuicios que podrían afectar a esta noción de la individualidad, tendrían dentro del ámbito de la responsabilidad civil extracontractual una doble representación. Por un lado, sería posible indemnizar por los daños patrimoniales causados (ejemplo: los gastos en que se debe incurrir para curar a una persona que ha sufrido lesiones de cierta magnitud) y por otro lado, sería posible constatar la presencia del daño moral, probablemente caracterizado

¹²² ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, op cit, p. 220.

¹²³ DUCCI Claro, Carlos, op cit, p. 153.

por el *pretium doloris* (la sensación de frustración del sujeto, por verse imposibilitado de volver a trabajar)¹²⁴.

Por otro lado, Ducci identifica los derechos de la personalidad moral, que están representados principalmente por la protección a los sentimientos de afección y reputación¹²⁵. El autor declara que este ámbito del derecho de la personalidad, en especial sobre el sentimiento de afección, se protege dentro de la responsabilidad civil con indemnizaciones por daño moral¹²⁶.

Lo anterior demuestra, que el daño moral puede desarrollarse, tanto en forma conjunta a los daños patrimoniales como también puede identificarse en forma totalmente independiente a la presencia de un daño pecuniario.

El perjuicio al derecho moral del autor también puede manifestarse desde esta doble perspectiva. Los daños que surgen pueden tener carácter patrimonial y en consecuencia se determinará según la lógica del daño patrimonial. Por otro lado, la afectación al derecho moral puede manifestarse sin la existencia de una valuación monetaria del perjuicio, situación que deberá ser resuelta desde la lógica del daño moral. Por ejemplo, se puede citar el caso en el que se altera el contenido de un libro antes de su primera publicación, distorsionando las opiniones o el desarrollo narrativo, al punto de crear una contradicción con el pensamiento del autor. Estos cambios producen como consecuencia una enorme crítica al autor, que perjudica su carrera literaria. En éste caso, existe una vulneración al derecho moral a la integridad de la obra (artículo 14 N° 2 LPI) y el perjuicio que afecta al autor constituye un daño de imagen. La indemnización de éste caso, deberá establecerse bajo los estándares que conforman el daño moral, ya que el perjuicio recién expuesto, dejando de lado el análisis del perjuicio patrimonial sufrido, tiene como daño principal un elemento que no es posible de ser avaluado en términos monetarios (el hecho de aparecer públicamente como un autor deficiente).

¹²⁴ VODANOVIC, Antonio, op cit, p. 258.

¹²⁵ DUCCI Claro, Carlos, op cit, p. 156.

¹²⁶ Ibid, p. 156.

Finalmente, es necesario considerar que la indemnización del daño moral trasciende el mismo derecho moral. Así, sobre la base de la noción de daño moral conceptualizado como la pérdida de agrado o *pretium doloris*, es posible afirmar que las hipótesis que comprenden el daño moral, pueden ser tantas como las posibles agresiones que puede sufrir el autor, es decir, también se puede indemnizar daño moral por la infracción al derecho patrimonial¹²⁷.

A continuación se expondrán sentencias que ejemplifican la existencia de daño moral en infracción al derecho moral y al derecho patrimonial.

i. Jurisprudencia Española.

El Tribunal Supremo Madrid a raíz de un recurso de casación, dictó una sentencia con fecha 19 de abril 2007, en la que se establece la obligación de pagar una indemnización por daños morales debido a la infracción del derecho moral¹²⁸.

En este caso, el demandante era dibujante y había creado la imagen de un gato, al que llamó Pumby, cuyas historietas empezaron a publicarse desde el año 1952 hasta 1983, en revistas de la sociedad Editora Valenciana. Era pública y notoria la autoría del dibujo, a pesar de que el autor nunca tuvo un contrato con la mencionada editora. El 1953, la editora registró el nombre Pumby, como marca de una cabecera de revista, sin consentimiento del autor.

En 1994, la sociedad Carton Producción, SL acordó con el dibujante la cesión de la explotación del dibujo Gato Pumby para una serie de dibujos animados. En aquel momento se descubre que en octubre de 1992, la editora había presentado en el registro de marcas y obtenido la inscripción de una serie de marcas relativas al gato Pumby, que después cedió a Reseaching and Artistic Creations, SL.

¹²⁷ DELGADO Porras, Antonio, op cit, p. 95.

¹²⁸ <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/sentencia-num-tribunal-supremo-madrid-seccion-1-19-04-2007>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

Frente a estos hechos, el dibujante solicitó que se le declarase como autor del dibujo del original del gato denominado Pumby sobre el que tiene el derecho moral de autor, demandando indemnización de perjuicios al no satisfacerse su solicitud.

El demandante señala que se provocó una violación del derecho moral porque se ha producido una inscripción no sólo omitiendo quién fue el autor, sino también copiando su producción.

Tanto en primera como en segunda instancia se condenó a los demandados a pagar una indemnización por concepto de daño moral. En el recurso de casación los recurrentes señalan que “la parte demandante no ha probado que se hayan producido perjuicios morales y que sólo ha alegado su existencia sin intentar probar su realidad”.

Al resolver el recurso de casación, el Tribunal Supremo no solo reconoce la existencia del daño moral, haciendo especial referencia al hecho de que el daño moral procede sin necesidad de prueba del perjuicio económico, sino que además señala que “los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino que debe probarse, el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción. En este caso se ha probado: a) que se había efectuado una copia del dibujo original del gato Pumby; b) que este dibujo se había inscrito como marca sin autorización de su autor. Todo ello determina la lesión del derecho moral¹²⁹”.

Es importante resaltar que la afirmación del Tribunal Supremo, en cuanto la prueba es innecesaria para determinar el daño moral, es congruente con la cita realizada sobre Delia Lipszyc en el Capítulo III de este trabajo, quien señala que “la infracción a los derechos de autor o derechos conexos causa per se un daño que debe ser reparado¹³⁰”.

¹²⁹ <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/sentencia-num-tribunal-supremo-madrid-seccion-1-19-04-2007>, de fecha 10 de septiembre 2007.

¹³⁰ LIPSYC, Delia, op cit, p. 577.

ii. Jurisprudencia Nacional.

Tal como se señaló con anterioridad, la Corte Suprema, a raíz de un recurso de casación en el fondo, dictó una sentencia el año 2000, en la que identifica daño moral a raíz de la infracción al derecho patrimonial. En este caso, Jaime F. Clavijo Díaz demanda responsabilidad civil extracontractual a la Ilustre Municipalidad de Viña del Mar, solicitando indemnización por perjuicios morales, por autorizar a un tercero para publicar y distribuir gratuitamente una guía turística sin el consentimiento de su autor (el demandante). En este caso se vulneró el derecho que tiene todo autor de publicar mediante la edición, su obra y el derecho de realizar distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de los ejemplares de su obra, ambos consagrados en el artículo 18 LPI¹³¹ (CS, 2.11.200, RDJ, T. XCVII, sec. 1º, 212)¹³².

En esta ocasión la Corte Suprema señaló que “todo daño imputable a un agente debe ser reparado por éste y, en tal sentido, la sentencia de segunda instancia ha declarado que el actor experimentó sufrimiento o angustia al ver que su trabajo se desvalorizaba al ser distribuido gratuitamente sin su consentimiento, lo que constituye un daño moral, calificación esta última que el recurso no ha demostrado que sea errada”.

Lo interesante de esta sentencia es que la indemnización por daño moral tiene su origen en la infracción al derecho patrimonial de distribución y reproducción de una obra. Así, se confirma lo señalado, de que a pesar de las similitudes, el daño moral tiene una aplicación en el ámbito del derecho de autor que supera los límites del derecho moral.

¹³¹ Artículo 18 LPI: sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas: a) Publicar mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro; b) Reproducir la por cualquier procedimiento; c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción, y d) Ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizado en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes o por cualquier medio. e) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”.

¹³² SCHOPF Olea, Adrián; GARCIA Machmar, William, op cit, p.72.

D. Crisis de la Función que es Objeto del Daño Moral.

La indemnización por daño moral es uno de los elementos más cuestionados en el último tiempo en relación con la responsabilidad civil extracontractual. Incluso autores de la corriente del análisis económico del derecho, la han cuestionado hasta el punto de conceptualizar una crisis en esta institución. En la Teoría Económica de los Ilícitos Culposos de Cooter y Ulen, el daño moral es planteado como un elemento que representa una obstrucción a la pretensión de lograr una compensación perfecta que tenga por objetivo internalizar los costos de los perjuicios. El fundamento que permite afirmar lo anterior, radica en la dificultad que representa para un tribunal, evaluar cuanto vale, por ejemplo, una perturbación mental¹³³.

Por otro lado, el daño moral también es criticado por no satisfacer las pretensiones de compensación que tienen los perjudicados, función principal de la responsabilidad civil dentro del ámbito patrimonial. No es posible pretender compensar a la víctima, ya que esa función tiene por fundamento el fijar un valor que reemplace el daño sufrido, situación que, tal como ya se afirmó con anterioridad, no es factible de realizar en el ámbito del daño moral¹³⁴.

La dificultad para establecer el monto de la indemnización, como consecuencia de los elementos subjetivos que se encuentran involucrados, hace necesario plantearse la pregunta de cual es la función que está satisfaciendo el daño moral.

Es necesario iniciar éste análisis, considerando la imposibilidad de que la indemnización del daño moral constituya un elemento de justicia correctiva, ya que no es posible crear un estado de indiferencia de la víctima sobre las consecuencias de la acción que produjo el perjuicio.

¹³³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998. 686p, p. 375.

¹³⁴ DIEZ Schwerter, José Luis. El Daño Extracontractual Jurisprudencia y Doctrina. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. 291p, p. 160.

Otra de las alternativas que se proponen como funciones del daño moral, es la noción de satisfacción¹³⁵. A través de ella se busca que la víctima perciba que la violación del derecho de la que ha sido objeto, es rechazada por la comunidad¹³⁶. Así, la indemnización del daño moral cumple su función en el momento que es capaz de producir un doble efecto. Por un lado, la función se satisface en la medida que terceras personas que rodean a la víctima del perjuicio, sean capaces de identificar el perjuicio que ha sufrido la víctima y luego repudien el acto que afectó a la víctima. En segundo lugar, para que se constate la función de satisfacción, también es necesario que la propia víctima tenga suficiente conciencia para darse cuenta que las personas ajenas a su conflicto, han sido capaces de identificarlo y repudiar el acto que le ocasionó el perjuicio. Así, si la víctima no valora la conciencia que surge alrededor del daño que ha sufrido, la indemnización no cumpliría su objetivo.

Antonio Delgado, establece ciertos parámetros en relación con la necesidad de determinar cual es la función que se constata al momento de otorgar reparación a los daños morales. Así, éste autor señala que en los casos de daño moral, más que otorgar una indemnización, lo que se busca es otorgar una reparación o compensación pecuniaria, debido a la agresión sufrida por el autor o artista en su personalidad¹³⁷.

Frente a lo anterior, la ley chilena sobre propiedad intelectual establece reglas que sirven de guía para aclarar el conflicto. La regla que de mejor manera retrata una de las posibles funciones de la indemnización por daño moral es el artículo 83 LPI. Se establece la facultad del tribunal de ordenar, a petición del perjudicado, la publicación de la sentencia en un diario que se designe. La incorporación de esta norma, que por lo demás es una regla general que se aplica también a los casos de daños patrimoniales, demuestra que uno de los objetivos del establecimiento de responsabilidad civil extracontractual es mantener una función expresiva. A través de ella se pretende demostrar el reconocimiento que se le ha hecho a la persona que se le ha violado un derecho. Así, lo que se logra es

¹³⁵ DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen. La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1): 27-55, 1998, p. 34.

¹³⁶ DELGADO Porras, Antonio, op cit, p. 95.

¹³⁷ Ibid, p. 95.

reafirmar la condición de víctima de una persona. Se reconoce un interés o un derecho digno de protección jurídica.

E. Criterios para Determinar el Monto del Daño Moral.

La determinación del monto de la indemnización del daño moral ocasionado por la violación del derecho de autor, presenta los mismos conflictos que en otras ramas del derecho. En primer lugar, como se explicó con anterioridad, es importante tener claro que su reconocimiento e indemnización se debe realizar con total independencia a la presencia de un daño patrimonial, por lo que no es posible exigir como condición necesaria la constatación de un daño patrimonial¹³⁸.

Como ya se analizó con anterioridad, una característica fundamental que debe ser considerada para aplicar daño moral en el derecho de autor, es el amplio reconocimiento que se le ha hecho como un derecho de la personalidad. Esto trae nuevos problemas a la aplicación de este elemento, ya que representa una explicitación del contenido subjetivo del derecho moral, ampliando las dificultades de su representación en una suma de dinero.

i. Legislación Española.

A diferencia del vacío que existe en la regulación chilena sobre la determinación del monto en los casos que exista daño moral, la ley de propiedad intelectual de España otorga ciertos criterios que deben ser contemplados al momento de realizar una apreciación. Establece que a pesar de que la valoración queda al arbitrio del juez, éste la debe realizar atendiendo “a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra¹³⁹” (actualmente artículo 140 inciso segundo TRLPI).

El problema que presentan estos criterios es que la dificultad subjetiva que presentan los daños morales sigue presente, debido a que el juez es el que debe establecer, por

¹³⁸ BARROS Bourie, Enrique Responsabilidad Civil por Daños al Derecho de Propiedad Intelectual en el Derecho Chileno, p. 566; Espín Cánovas, Diego, Las Facultades del Derecho Moral de los Autores y Artistas, p. 60; Mahú, Jorge, op cit, p. 8; Delgado Porras, Antonio, op cit, p. 95.

¹³⁹ DELGADO Porras, Antonio, op cit, p. 95.

ejemplo, cual es la gravedad de la lesión, lo que presenta inconvenientes que hacen aconsejable establecer parámetros objetivos con el objeto de definir esos elementos.

ii. **Proyecto de Ley Nacional que Modifica la Ley de Propiedad Intelectual.**

Actualmente se está tramitando en Chile un proyecto de ley que consagra ciertos elementos fundamentales para la determinación del daño moral en el ámbito de las infracciones al derecho de autor¹⁴⁰.

En primer lugar, este proyecto confirma la vigencia del daño moral dentro de la responsabilidad civil extracontractual. La propuesta pretende agregar un artículo 85 B a la ley de propiedad intelectual que señale que “El titular de los derechos reconocidos en esta ley tendrá, sin perjuicio de las otras acciones que le correspondan, acciones para pedir (...); b) la indemnización de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados”.

En segundo lugar, este proyecto de ley regula los criterios que deben utilizar los jueces al momento de establecer el monto del valor de las indemnizaciones por concepto de daño moral. La propuesta agrega un artículo 85 E que señala en su inciso final que “para efectos de determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra”.

La sola lectura de esta propuesta deja en evidencia que los criterios utilizados por el ejecutivo para determinar la indemnización por infracción a derecho de autor que genera daño moral, son prácticamente idénticos a los contenidos en la regulación española. La única diferencia entre ambas regulaciones, es que la propuesta nacional agrega que el grado de difusión ilícita de la obra artística debe ser objetivo.

¹⁴⁰ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 de abril del 2007, boletín n° 5012-03.

iii. Doctrina Comparada.

El autor español Antonio Delgado, afirma que la agresión que sufre el autor es equivalente al *pretium doloris*¹⁴¹, por lo que debe entenderse que éste autor aprueba la idea de determinar el monto de la indemnización del daño moral, sobre la base de los criterios que han dado contenido a las indemnizaciones por perjuicios que afecten a derechos de la personalidad.

Junto con lo anterior, Antonio Vega Vega ha declarado que, debido a la dificultad que existe para determinar en dinero el perjuicio ocasionado al derecho moral, es necesario inspirarse en los atentados realizados contra el derecho al honor, adecuando las pertinentes sanciones a la naturaleza de sus infracciones¹⁴². Así, la lógica que se utilice para establecer en monto del daño, nuevamente coincide con los criterios desarrollados a raíz de los derechos de la personalidad.

iv. Jurisprudencia Nacional.

Existe una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta el año 2004, que luego fue confirmada por la Corte Suprema, que analiza en forma minuciosa la dificultad que surge al determinar la cantidad de dinero que sea representativo del menoscabo no avaluable en términos económicos, sufrido por la infracción al derecho de autor que se presenta en las demandas de indemnización de perjuicio (Corte de Antofagasta, 26.5.2004, confirmada por la CS, 26.8.2004, GJ 290,120)¹⁴³.

La sentencia no realiza una descripción de los hechos. Lo relevante de su contenido es que señala que “la ley (N° 17.336) no ha señalado los marcos que deben tenerse presente en la fijación del daño moral. La circunstancia de ser apreciado el daño moral en

¹⁴¹ DELGADO Porras, Antonio, op cit, p 95.

¹⁴² VEGA Vega, Antonio. Nuevas Tecnologías y la Protección de la Propiedad Intelectual. p 186. En: Castro Castro, Carlos; Castán Pérez-Gómez, Antonio; de Oliveira Ascensao José; de Sá e Melo, Alberto; Encabo Vera, Miguel Angel; Gómez Segade, José Antonio; Pérez de Castro, Nazareth; Vattier Fuenzalida, Carlos; Vega Vega, Antonio; Villarejo, Antonio Martín. Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual, Ed Reus. Madrid 1999, p 56.

¹⁴³ SCHOPF Olea, Adrián; GARCÍA Machmar, William, op cit, p. 588-589.

forma prudencial y la ausencia de criterios de evaluación en la legislación chilena, no puede escapar, sin embargo, de ciertos parámetros, como la entidad y naturaleza del suceso, circunstancias del caso y su protección; por lo que teniendo en consideración los antecedentes del proceso y no apareciendo revestida la negligencia imputada a la demandada de gravedad tal, en relación a los daños morales que pudo haber sufrido la demandante en su condición de autora de la obra pictórica, ellos serán rebajados a un millón de pesos”.

Esta sentencia es relevante por dos aspectos. En primer lugar, describe algunos criterios que permiten determinar el monto de la indemnización por daño moral, criterios que se caracterizan por tener una aplicación general. Estos son:

- La entidad y naturaleza del suceso;
- Circunstancias del caso y su protección.

En segundo lugar, esta sentencia es relevante porque señala que la negligencia imputada al demandado, puede constituir un tercer elemento determinante para establecer el valor de la indemnización referida.

Tal como se señaló en el Capítulo III sobre consideraciones generales sobre el régimen de responsabilidad civil extracontractual y la regulación sobre el derecho de autor, la culpa no es un requisito que deba concurrir para imputar responsabilidad civil a un sujeto que realiza una infracción al derecho de autor, ya que, tanto la doctrina nacional y comparada, jurisprudencia y la OMPI, consideran que en el derecho de autor se aplica la culpa infraccional. Pues bien, a pesar de que la falta de diligencia adecuada no constituye un requisito para imputar responsabilidad, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta señala que la negligencia puede ser uno de los elementos que permitan determinar el monto de la indemnización del daño moral, por lo que en definitiva, se le otorga una nueva función a la culpa.

**CAPÍTULO V. ANÁLISIS DEL CONTENIDO DEL TLC CON ESTADOS UNIDOS EN
RELACIÓN CON LAS REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRA CONTRACTUAL CONSAGRADAS EN LA LEY N° 17.336.**

Es interesante analizar las disposiciones que se establecieron en el Capítulo 17 del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, debido a que su contenido sobre los Derechos de Propiedad Intelectual regula aspectos sobre derecho de autor, que en alguna medida alteran la regulación chilena de la actualidad, y según los compromisos adoptados, deberán ser incorporados a nuestro derecho interno.

1. MOTIVACIÓN DE LAS PARTES AL MOMENTO DE CELEBRAR EL ACUERDO.

En primer lugar, es necesario analizar la introducción del Capítulo 17, debido a que ésta establece las motivaciones de las partes al momento de celebrar éste acuerdo, lo que, en definitiva representa el fundamento del tratado. La introducción debe ser analizada teniendo en consideración los diferentes intereses que dieron origen a la corriente continental del derecho de autor y a la tradición norteamericana del *copyright*. Esto permite determinar con mayor precisión cuales son las efectivas repercusiones de esta regulación. En especial se debe analizar la efectividad de un acuerdo que pretende regular legislaciones inspiradas en corrientes jurídicas opuestas en ciertos matices ya que las motivaciones desarrolladas en el texto, podrían alterar de alguna manera las características de cada legislación.

El aspecto más relevante se relaciona con la constatación de que en esta declaración de motivaciones, en ningún momento se hace mención a la importancia del autor como sujeto de interés. Se declara que la observancia y protección de la propiedad intelectual es un principio fundamental de esta regulación, ya que ayuda entre otros aspectos a promover la innovación tecnológica y representa un incentivo al desarrollo social y económico. Por otro lado, se reconoce la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos del titular (no

del autor) sobre la obra protegida y los legítimos intereses tanto de los usuarios como de la comunidad.

Todos estos elementos desarrollan la perspectiva económica de la propiedad intelectual, que tiene enorme relevancia en un mundo globalizado. Christian Schmitz ha establecido que el derecho de autor constituye una especie de propiedad privada que puede ser objeto de procesos económicos¹⁴⁴. Noción que se ve fortalecida por el concepto de industrial culturales, que fuera conceptualizada originalmente por la UNESCO, con el objeto de referirse a bienes o servicios culturales desarrollados a gran escala de acuerdo a patrones industriales y comerciales, constituyendo estrategias basadas en consideraciones económicas, más que en motivaciones de desarrollo cultural¹⁴⁵. Así, la actividad creativa tendría un valor generador de crecimiento económico, por lo que sería una fuente de importante de progreso material y bienestar¹⁴⁶.

Todas estas declaraciones podrían inducir a la errónea idea de pensar que éste acuerdo representa una evolución en relación a los intereses que sirven de fundamento al derecho de autor dentro del ordenamiento jurídico chileno. Así, el apoyo a la tradición continental se vería distorsionado por un aumento de la importancia de los beneficios que representa la regulación sobre propiedad intelectual para la comunidad o los usuarios, trasladándose el fundamento de la protección desde el amparo al autor, hacia una visión global de sociedad y desarrollo.

A pesar de que éste razonamiento puede parecer consistente, es necesario evitar la posible confusión y negar la preeminencia de esa postura. Si se pretende analizar el TLC es necesario considerar que la motivación de éste acuerdo mantiene un carácter estrictamente económico, por lo que, el hecho que no se haga referencia a los aspectos que conforman la base de la tradición continental, no implica que esté siendo alterada o desconocida por el gobierno de Chile. No existe una modificación en relación con los intereses que sirven como fundamento del derecho de autor en la regulación chilena. En

¹⁴⁴ SCHMITZ Vaccaro, Christian. Propiedad Intelectual a la Luz de los Tratados de Libre Comercio, Santiago-Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 27.

¹⁴⁵ SCHMITZ Vaccaro, Christian, op cit, p. 28.

¹⁴⁶ Ibid, p. 31.

efecto, a pesar de la cercanía que se pueda producir entre Estados Unidos y Chile como consecuencia de la suscripción del TLC, existen otras áreas del derecho de autor sobre las cuales las diferencias en cuanto a los orígenes se mantienen. Por ejemplo, todo lo concerniente al derecho moral.

Esta postura se confirma con el análisis de los otros intereses consagrados en el TLC, como lo es el incentivar la inversión privada y pública, el estimular la participación en la creación de programas de desarrollo, etc. Es decir, el conjunto de las consideraciones establecidas mantienen una connotación de carácter comercial. Incluso en la introducción general del TLC, se establece que Chile y Estados Unidos han decidido “estimular la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derecho de propiedad intelectual”.

2. DETERMINACIÓN DEL MONTO DEL DAÑO.

Uno de los aspectos más relevantes del capítulo sobre propiedad intelectual en el TLC, consisten en la regulación que se desarrolla en torno a la determinación del daño. La variante que incluye el TLC, que no había sido consagrado en Chile, consiste en desarrollar una regulación sobre las indemnizaciones predeterminadas. Existen dos aspectos a analizar en relación con éste tema, y ambos producen importantes consecuencias dentro del ordenamiento jurídico chileno.

A. Indemnizaciones Predeterminadas.

i. Regulación del Tratado de Libre Comercio.

En primer lugar, es necesario analizar el artículo 17.11 sobre la Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual. Dentro de la disposición sobre procedimientos y recursos civiles y administrativos, en el numerando 9 se establece que “En los procedimientos judiciales civiles, cada Parte, al menos respecto de las obras protegidas por derecho de autor o derechos conexos, y en casos de falsificación de marcas de fábricas o de comercio, establecerá indemnizaciones predeterminadas conforme a la legislación

interna de cada Parte y que las autoridades judiciales consideren razonables a la luz de la finalidad del sistema de propiedad intelectual y de los objetivos enunciados en este Capítulo”.

Lo relevante de esta afirmación es que, al incorporara nuestro derecho interno esta modalidad, se establecerá un sistema especial para determinar los montos de los daños relacionados con el derecho de autor, además de los otros sobre propiedad industrial considerados en el TLC. En consecuencia, quedarían resueltos aquellos problemas que fueron analizados, en relación con la dificultad de establecer criterios aptos, que permitan determinar los montos de las indemnizaciones por daño. Christian Schmitz ha dicho que éste nuevo sistema eximiría al titular de la acción indemnizatoria, de la necesidad de probar el daño, ya que se le aseguraría una retribución al afectado, a pesar que el daño económico real no pudiese ser determinado¹⁴⁷.

En segundo lugar, la incorporación de éste contenido al ordenamiento jurídico chileno, representaría un antecedente jurídico que probablemente abriría en Chile la discusión dogmática que se ha desarrollado en el derecho comparado, sobre la posibilidad legal de afectar la noción de reparación íntegra del daño causado por infracciones al derecho de autor a un sujeto determinado, con las implementaciones de indemnizaciones con montos predeterminados.

ii. Críticas al establecimiento de indemnizaciones predeterminadas.

La noción de la reparación íntegra, ha sido desarrollada en Chile a partir del artículo 2.329 CC. El argumento de la doctrina, para llegar a la conclusión de que el Código Civil reconoce el derecho a la reparación íntegra, es resaltar que el código establece que “por regla general, todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por éste”. Este principio solo se satisface en la medida que se logre que la víctima reponga las cosas al estado anterior en que se hallaban, antes de la comisión de la infracción que lo afectó¹⁴⁸. Así, en principio esta norma no permitiría que se

¹⁴⁷ SCHMITZ Vaccaro, Christian, op cit, p. 214.

¹⁴⁸ DIEZ Schwerter, José Luis, op cit, p. 161.

establecieran límites a la indemnización, debido a que no se estaría cumpliendo con la obligación que tiene el victimario de reparar la totalidad del daño que ha causado¹⁴⁹.

Hoy en día existe discusión dentro de la doctrina y la jurisprudencia comparada, en relación a la legalidad o constitucionalidad de ciertas leyes, que establecen límites a los montos de la indemnización que se otorga en relación con la responsabilidad civil extracontractual. Dentro del debate, no existe una posición unánime en relación con la posibilidad de rechazar cualquier tipo de restricción a la reparación que se le debe otorgar a la víctima.

- **Ley de Baremo.**

Un ejemplo de esta discusión es el fallo del Tribunal Constitucional español, en relación con la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (más conocida como la ley de baremo). Según su anexo, “esta ley establece un sistema que se aplicará a la valoración de todos los daños a las personas, ocasionados en accidentes de circulación, salvo que sea consecuencia de delitos dolosos”¹⁵⁰.

Dentro de los motivos que sirven de fundamento a las personas que interpusieron la acción contra la citada ley, resalta la idea de que la ley introduce una irrazonable desigualdad en el contexto del régimen general de responsabilidad civil, pues quien actúa en forma negligente en el ámbito de circulación de vehículos a motor tiene una responsabilidad civil limitada por la ley¹⁵¹. Esto a diferencia de cualquier otro ámbito de carácter civil, en los que todo daño ocasionado, debe ser reparado en forma íntegra. La limitación de la responsabilidad civil, estaría fundamentada por la existencia del factor de corrección, el que supone una cierta renuncia a reparar íntegramente a la víctima, lo que afectaría la regla general (de carácter legal) del íntegro resarcimiento¹⁵².

¹⁴⁹ DOMÍNGUEZ Hidalgo, Carmen, op cit, p. 35.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, España.

¹⁵¹ Ibid.

¹⁵² Ibid.

Por otro lado, uno de los principales fundamentos que se citan en la sentencia para apoyar la constitucionalidad de esta ley de carácter especial, es que el trato separado que se realiza en relación con los vehículos a motor, atiende a la problemática que deriva de los accidentes de circulación. La regulación constituye una respuesta que pretende terminar con la disparidad de criterios existentes sobre la cuantificación de los daños corporales entre los diferentes tribunales, en relación con accidentes de tránsito¹⁵³.

Con independencia del resultado del fallo del Tribunal Constitucional Español, es necesario considerar que la ley solo se justificaría en la medida que existieran razones de especial relevancia para fundamentar la determinación de los montos de la indemnización, como lo es el caso de una falta de concordancia entre los criterios utilizados por los jueces.

Por otra parte, todos los que apoyaron en España en establecimiento de una ley de baremo, coincidieron en que su aplicación debía ser de carácter restringido. Así, por ejemplo, la ley de baremo se limita en forma exclusiva a los vehículos a motor y sólo se aplica en los casos que el daño fuera consecuencia de un acto de imprudencia y que, por lo tanto, no se amparan casos en que existiera dolo. Este argumento se debe a que la nueva regulación efectivamente está afectando el principio de reparación íntegra que rige a las normas de responsabilidad civil extracontractual.

iii. Regulación de Estados Unidos sobre Determinación de la Indemnización.

Todos los alcances que han sido desarrollados en relación con las modificaciones que se deberán realizar en la legislación chilena, no afectan a la regulación de los Estados Unidos. Esto se debe a que la legislación norteamericana ya contiene dos sistemas sobre la determinación de la indemnización, según el estudio realizado por Delia Lipszyc, que serán explicados a continuación:

- ***Actual damages and profits***: en relación éste sistema, Lipszyc establece que el titular del derecho está facultado para recuperar el importe de los daños reales

¹⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, España.

que haya sufrido por la infracción, así como todos los beneficios obtenidos por el infractor. Con el objeto de cuantificar los beneficios del infractor, el titular del derecho lesionado debe presentar pruebas sobre dos puntos en cuestión. Por un lado, se deben probar sus gastos deducibles. Por otro lado, también se deben probar los beneficios que debe imputarse a otros factores que no sean la obra (por ejemplo la fama del intérprete)¹⁵⁴.

- **Statutory Damages:** la autora explica que en lugar de solicitar la reparación completa de los daños reales, el afectado tiene la facultad de optar por la cuantificación del resarcimiento, que consiste en que el tribunal podrá establecer el monto de la indemnización entre un mínimo y un máximo¹⁵⁵. Las sumas establecidas varían entre 500 y 20.000 dólares. El juez tiene plena discrecionalidad para fijar el monto de la indemnización, dentro de los márgenes de la delimitación establecida por ley. En el momento que el afectado opta por este sistema, está impedida de acumular a esta, la posible reparación completa de los daños reales¹⁵⁶.

Como se verá más adelante, ambos sistemas han sido recogidos en las disposiciones del TLC entre Chile y Estados Unidos, y en tal sentido habrán de ser incorporados a nuestro ordenamiento interno, lo que manifiesta el interés de esta materia.

iv. **Regulación Española sobre Determinación de la Indemnización.**

La regulación española sobre propiedad intelectual tiene enormes similitudes con la regulación nacional. Esta semejanza hace necesario analizar tanto la legislación como la jurisprudencia española sobre la predeterminación de la indemnización

¹⁵⁴ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 574.

¹⁵⁵ Ibid, p. 574.

¹⁵⁶ Ibid, p. 575.

- **Legislación Española.**

El artículo 140 TRLPI señala en primer lugar que “la indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial”.

Esta frase es sumamente relevante, ya que confirma, a pesar de las dificultades planteadas con anterioridad, la aplicación del daño emergente y del lucro cesante en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual por infracción al derecho de autor.

En seguida, la ley española señala que “La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

- “Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra”.
- “La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión”.

- **Jurisprudencia Española.**

A raíz de la regulación del artículo 140 del TRLPI, la jurisprudencia española ha adoptado la práctica de fijar como monto de indemnización por concepto de daño patrimonial, el valor de la tarifa que exige la Sociedad General de Autores y Editores.

A continuación se expondrán algunas sentencias que dan cuenta de esta situación.

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Murcia, de fecha 22 de enero 2007. Este fallo se dictó a raíz de la interposición de una demanda contra un PUB que comunicaba públicamente obras musicales sin que el demandado haya obtenido la autorización del titular del derecho de autor para realizar dicha actividad¹⁵⁷. El en fallo, el Tribunal señala lo siguiente: “Declaro que la demandada debe satisfacer en concepto de indemnización, conforme a lo establecido en el art. 140 TRLPI por la comunicación pública de obras llevadas a cabo sin autorización en el establecimiento denominado PUB por el período comprendido entre 30 de mayo de 2001 hasta diciembre 2004 inclusive pero excluyendo el período en el que permaneció cerrado desde finales de febrero hasta mediados de junio de 2004, condenando al demandado al pago de la cantidad que resulte de la aplicación de la tarifa acompañadas a la demanda como documento n° 3 al mencionado período, lo que habrá de determinarse en ejecución de sentencia”.

Sentencia del Juzgado de los Mercantil de Murcia, de fecha 8 de marzo del 2006. Este fallo se dictó a raíz de la interposición de una demanda por el Centro Español de Derechos Reprógrafos (CEDRO) debido a una reproducción ilícita de obras impresas que no tenía la autorización o licencia para realizar la actividad de reproducción de obras dentro de los límites y bajo la remuneración establecida por CEDRO. La demanda fue acogida en primera instancia, pero CEDRO apeló a la sentencia, ya que no estaban conformes con el monto de la indemnización que debía pagar el demandado. El tribunal señaló que “el relación con el primer motivo de recurso, estimamos plenamente acertados

¹⁵⁷ <http://www.ifrm-murcia.es/peral/uploads/Sentencia-SGAE.doc>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

los razonamientos expuestos en la sentencia apelada en orden a la fijación y concreción del “quantum” indemnizatorio objeto ahora de impugnación. En efecto el derecho indemnizatorio que pretende la actora-recurrente se deriva de la existencia de una reproducción ilícita ejecutada por la demandada de obras impresas cuya gestión tenía encomendada la primera, constituyendo dicha actividad ilícita una cuestión pacífica y aceptada por las partes de esta “litis”. Es decir, que acreditado el hecho de la infracción del derecho de propiedad intelectual, surge automáticamente la correspondiente obligación indemnizatoria a cargo de la parte demandada. En este sentido, el artículo 140 de la citada ley ofrece al perjudicado una doble opción indemnizatoria: bien reclamar el beneficio que hubiera obtenido de no mediar la utilización ilícita, o bien optar por la remuneración que hubiese percibido de haber autorizado la explotación. En el caso objeto de revisión en esta alzada CEDRO escoge la segunda alternativa, y la sentencia de instancia acierta plenamente cuando cuantifica y determina el importe indemnizatorio así solicitado, atendiendo a la cuantía de los derechos derivados de sus tarifas generales para el período en que se realiza la actividad de referencia. Dicha tarifa se calcula en función de la ubicación del establecimiento de reprografía así como el número, modelo y características de los equipos y máquinas fotocopiadoras allí existentes. Con sujeción a tales criterios la Juzgadora de instancia cuantifica en 573,58 € la indemnización derivada de dicha actividad ilícita¹⁵⁸.

v. Regulación Nacional sobre Determinación de la Indemnización.

Tal como se señaló con anterioridad Chile no cuenta en la actualidad con una regulación legal que determine la forma con la que se debe establecer el valor de las indemnizaciones. La falta de regulación obliga a concluir que la indemnización en el ámbito del derecho de autor debe ser íntegra. Frente a esta realidad, surgen dos elementos que alterar lo recién expuesto. En primer lugar, el 23 de abril del 2007 se presentó un proyecto de ley que pretende consagrar criterios para establecer el monto de las indemnizaciones en el ámbito del derecho de autor, y un sistema de indemnizaciones predeterminadas. Por otro lado, frente a dificultades que se presentan al momento de establecer el valor de la

¹⁵⁸ <http://www.juzgadomercantil.com/index.php/archives/309>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

referida indemnización la práctica jurisprudencial ha utilizado criterios que en la práctica restringen la indemnización íntegra. Todos estos elementos serán analizados a continuación.

- **Proyecto de ley nacional que modifica la ley de propiedad intelectual.**¹⁵⁹

La propuesta del Ejecutivo se compone de dos elementos principales¹⁶⁰. En primer lugar, se regulan los criterios que deben ser considerados para determinar el monto de las indemnizaciones respectivas. El mensaje del proyecto de ley señala que en lo que respecta al cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, el perjudicado podrá optar entre la remuneración que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia o las utilidades que dejó de percibir como consecuencia de la infracción. Adicionalmente, el Tribunal podrá condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido siempre que sean atribuibles a la infracción y no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios. Para la determinación del perjuicio patrimonial, se considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes infringidos. En tanto, respecto de la determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra.

Evidentemente esta propuesta tiene su origen en las disposiciones españolas consagradas en el artículo 140 TRLPI. Los elementos extraídos de dicha regulación son: “la

¹⁵⁹ Antes de la presentación del proyecto de ley que se va a estudiar, existió otra iniciativa del ejecutivo que pretendía regular los criterios para establecer la indemnización en el ámbito del derecho de autor. La iniciativa fue presentada el 22 de enero del 2004 y posteriormente retirada el 3 de mayo del 2007. Esta iniciativa legislativa no prosperó. (Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336, sobre propiedad intelectual, estableciendo un estatuto normativo especial respecto de los delitos de piratería y conexos con éste, boletín n° 3461-03). Este proyecto proponía que para proteger debidamente los intereses de los titulares de derechos de autor o conexos con ellos, se debía establecer un derecho de opción en favor del demandante, advirtiéndolo que, para los efectos del cálculo de la indemnización de los perjuicios causados a sus derechos patrimoniales, el perjudicado podría optar, entre la remuneración que debiera haber percibido si hubiera autorizado dicha explotación o el beneficio que habría obtenido de no mediar utilización ilícita. Como es evidente, los criterios propuestos en este proyecto coinciden plenamente con la actual regulación española sobre propiedad intelectual.

¹⁶⁰ Mensaje de S.E la presidenta de la república con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 abril del 2007, boletín n° 5012-03.

remuneración que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia” (proyecto de ley), es equivalente a “la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación” (artículo 140 TRLPI); “las utilidades que dejó de percibir como consecuencia de la infracción” (proyecto de ley), es equivalente a “el beneficio que hubiera obtenido presumiblemente de no mediar la utilización ilícita” (artículo 140 TRLPI).

Otro elemento de la regulación propuesta en la iniciativa presidencial fue extraído en términos expresos del Tratado de Libre Comercio celebrado entre Chile y Estados Unidos. El TLC señala que para determinar el daño ocasionado al titular del derecho de autor, las autoridades judiciales deben considerar entre otros, el valor legítimo de la venta al detalle de las mercancías infringidas. Pues bien, el Ejecutivo agregó este criterio, caracterizándolo como uno de los factores que se deben utilizar para la determinación del perjuicio patrimonial. En conclusión, con esta disposición Chile cumple con una de las obligaciones contraídas en el referido tratado.

En segundo lugar, la iniciativa presidencial contempla la regulación del derecho de opción del titular del derecho de autor vulnerado, entre la fórmula recién analizada y una indemnización predeterminada. En el mensaje del proyecto se señala que se pretende legislar un sistema de indemnización predeterminada, conforme la cual el titular de un derecho podrá, a su elección, solicitar una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una suma única compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser menor a 4 unidades tributarias mensuales ni mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción.

Esta propuesta es una manifestación clara de la segunda fuente de origen que sustenta el proyecto de ley analizado. Esta fuente son las disposiciones sobre propiedad intelectual contenidas en la regulación de los Estados Unidos. La única suma compensatoria es semejante al sistema de *Statutory Damages* recientemente analizado. Este mecanismo impide obtener una reparación completa de los daños ocasionados, pero presenta la ventaja relacionadas con la carga de la prueba ya que la sola infracción al

derecho de autor permite obtener una compensación, sin tener que justificar en términos precisos los daños ocasionados.

El derecho a opción inspirado en el TLC y consagrado en este proyecto de ley es visto por algunos autores como la posibilidad de que sean los titulares los que determinen el monto de la sanción pecuniaria por infracción al derecho de autor¹⁶¹. Este trabajo no comparte dicha apreciación, ya que es inviable que en un sistema inspirado en el debido proceso sea la propia víctima de la infracción quien decida cual es la sanción que corresponde aplicar al caso concreto. Por otro lado, no es posible olvidar que es el legislador quien regula los criterios aplicables para la determinación del monto de la indemnización y que estos criterios, con independencia del sistema que elija el titular del derecho de autor, es aplicado al caso concreto por el juez, manteniendo un ámbito de discreción que le permite determinar la indemnización dentro de ciertos parámetros preestablecidos.

- **Jurisprudencia Nacional.**

Tal como fue analizado con anterioridad, la legislación actual de derecho de autor no establece parámetros sobre los cuales establecer el valor de las indemnizaciones. Debido a éste silencio de la ley, y considerando lo difícil que es establecer mecanismos sobre los cuales se logre determinar, por ejemplo, el valor del lucro cesante o del daño emergente, la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (de ahora en adelante, SCD), ha incorporado dentro de sus demandas de responsabilidad civil extracontractual, la tarifa que ha debido fijar en conformidad a lo previsto en el artículo 100 LPI, como criterio para establecer la indemnización¹⁶².

¹⁶¹ http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_USA/Studies/CAN_TLC_s.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007.

¹⁶² Artículo 100 LPI: "Las entidades de gestión estarán obligadas a contratar con quien lo solicite, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos de autor y conexos que administren, de acuerdo con tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio.

Las entidades de gestión sólo podrán negarse a conceder las autorizaciones necesarias para el uso de su repertorio, en el caso que el solicitante no ofreciera suficiente garantía para responder del pago de la tarifa correspondiente.

Esta tarifa es la que deben satisfacer los usuarios de obras artísticas licenciados, según la casuística prevista en el tarifado General de SCD, publicado en el Diario Oficial, según lo ordena la legislación.

Esta práctica es semejante a la que realizan las sociedades de gestión colectiva en España.

La existencia de esta práctica representan una ventaja para el ordenamiento jurídico nacional, ya que permite que la futura aplicación de las disposiciones del Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos no produzca una alteración significativa en la práctica jurisprudencial, en la medida las sentencias utilizan en la actualidad las tarifas como criterio para determinar el valor de la indemnización. La utilización de la tarifa de modo uniforme como criterio para establecer el perjuicio patrimonial por al infracción al derecho de autor, produce en los hechos (no en el derecho), la existencia de una indemnización predeterminada.

A continuación se expondrán algunas sentencias que utilizan la tarifa como criterio para establecer el valor de la indemnización por infracción al derecho de autor:

Caso de SCD con Hotelera Valle del Encanto Limitada. En 1998, la SCD demandó indemnización de perjuicios por el uso de obras musicales en el hotel, sin la respectiva autorización legal, por lo que se solicitó que se condenare al demandado, a título de indemnización, al pago de la tarifa mensual que corresponde a cada uno de los tres establecimientos: por el Hotel Soneta, el 1.5% de los ingresos brutos mensuales más el 50% de los derechos conexos; por el bar Benatino: el 1.5% de los ingresos brutos

Las tarifas serán fijadas por las entidades de gestión, a través del órgano de administración previsto en sus Estatutos, y regirán a contar de su publicación en el Diario Oficial.
Sin perjuicio de lo anterior, las entidades de gestión podrán celebrar con asociaciones de usuarios, contratos que contemplen tarifas especiales, los cuales serán aplicables a los afiliados de dichas organizaciones, pudiendo acogerse a estas tarifas especiales cualquier usuario que así lo solicite.
Los usuarios que hubieren obtenido una autorización en conformidad con este artículo, entregarán a la entidad de gestión la lista de obras utilizadas, junto al pago de la respectiva tarifa.
Lo dispuesto en este artículo no regirá respecto de la gestión de obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o pantomímicas, como asimismo, respecto de aquellas utilizations a que se refiere el inciso segundo del artículo 21”.

mensuales más un 50% por los derechos conexos; por el Restaurante Carrara: el 1.25% de los ingresos brutos mensuales más un 50% de los derechos conexos¹⁶³. El tribunal acogió la demanda en la sentencia definitiva y determinó que la indemnización a pagar correspondía a la cantidad de dinero que resulta del cálculo de las tarifas señaladas por la Sociedad del Derecho de Autor en su demanda.

Caso Sociedad Chilena del Derecho de Autor con Hipermercado Departamental Limitada. En 1998 la SCD demandó al señalado Hipermercado por difundir al público, por medio de sistemas de música ambiental, receptores de radio y altavoces, obras musicales del su repertorio, sin la autorización de ésta ni de los titulares del derecho de autor¹⁶⁴. En la demanda, dicha organización solicitó por concepto de indemnización de perjuicios, la suma que resultase del pago de la tarifa mensual de 4.152 pesos respecto de los primeros 25 metros cuadrados de superficie, más 36 pesos por cada metro cuadrado adicional en relación al período comprendido entre el 1 de diciembre de 1996 y el 30 de abril de 1998. También agregó el pago de dicha tarifa por lo que durara el juicio o hasta el término de la utilización ilícita. En la sentencia el tribunal condenó al demandado al pagar a la actora la indemnización solicitada en la demanda.

Cabe señalar que SCD mantiene un Convenio de Tarifas, en los términos previstos en la aludida disposición del artículo 100 LPI, con la asociación de usuarios que representa a empresas del sector hotelero, no obstante dichos convenios no son vinculantes, y la opción de adherirse corresponde a cada usuario. De allí que la indemnización que se demanda es la prevista en la tarifa oficial.

vi. Ámbito de Aplicación de las Indemnizaciones Predeterminadas.

Sobre la base de una interpretación de carácter lógica, y considerando las motivaciones comerciales que sirven como fundamento al TLC, sería posible afirmar que la delimitación que representa la indemnización predeterminada, solo regiría en el ámbito patrimonial de los derechos de autor. En éste caso, se va a considerar como ámbito

¹⁶³ Sentencia, Rol 3300-96, dictada por el 13° Juzgado Civil de Santiago.

¹⁶⁴ Sentencia, Rol 2295-1998, dictada por el 8° Juzgado Civil de Santiago.

patrimonial del derecho de autor, sólo los daños patrimoniales, ya que, tal como se explicó momento atrás, este daño es el que caracteriza al derecho patrimonial.

En consecuencia, al restringir el ámbito de aplicación de la indemnización predeterminada exclusivamente a los daños patrimoniales, se permitirá que los tribunales mantengan sus facultades discrecionales, en los casos que los montos de la indemnización se refieran a daño de carácter moral.

- **Argumentos que fundamentan la restricción de la aplicación de la indemnización predeterminada, solo al daño patrimonial.**

Esta interpretación constituiría una concordancia con la regulación de los Estados Unidos, ya que Delia Lipszyc afirma que, la ley norteamericana tiene pautas en cuanto al monto de la indemnización del daño material o patrimonial¹⁶⁵. Es decir, la regulación de los Estados Unidos no contempla dentro del monto de la indemnización predeterminada, el daño moral al que se ve expuesta el titular del derecho de autor.

Otro argumento que permitiría sostener que la indemnización predeterminada rige solo para los daños patrimoniales, es que el TLC no establece cuales deben ser los límites de las indemnizaciones, sino que, enuncia ciertas consideraciones que deben ser tomadas en cuenta. Así, la predeterminación de los montos debe ser conforme a lo que las autoridades estimen razonables a la luz de la finalidad del sistema de propiedad intelectual. También se establece que la delimitación debe ser acorde con los objetivos enunciados en el Capítulo 17 del TLC sobre Derechos de Propiedad Intelectual.

Lo anterior, demuestra que el TLC reconoce cierta discrecionalidad en la regulación, en tanto debe ser razonable a la luz de la finalidad del sistema de propiedad intelectual, lo que permite reconducir los criterios que utilice Chile para implementar el contenido del TLC, a los orígenes de la regulación chilena sobre propiedad intelectual. Así, tal como fue analizado con anterioridad, si se consideran las diferencias fundamentales que existen

¹⁶⁵ LIPSZYC, Delia, op cit, p. 574.

entre los orígenes de la regulación de Estados Unidos con la desarrollada en Chile, es posible admitir que la delimitación de la indemnización sea aplicada solo a los conflictos que mantengan un carácter estrictamente patrimonial.

En apoyo de los argumentos expuestos, es importante agregar un comentario que realiza Luis Díez-Picazo, en relación con el daño moral:

“La Ley de Ordenación de los Seguros Privados, al baremar las indemnizaciones debidas como consecuencia de accidentes en la circulación de vehículos de motor ha tomado también en cuenta para evaluarlo y baremarlo, el daño moral. En otros casos, en cambio, no existe una clara mención del daño moral como ocurre en las leyes de propiedad intelectual y de patentes y marcas¹⁶⁶”.

Lo relevante de esta afirmación, es que demuestra que la regulación española sobre propiedad intelectual (necesario referente de nuestra legislación como ha sido analizado con anterioridad), no se pronuncia sobre el daño moral en relación con la indemnización predeterminada por ley, lo que permite llegar a la conclusión que el monto legal no abarca el daño moral. Así, el monto del daño moral que se determine para establecer la indemnización, se debe desarrollar bajo las reglas generales del Código Civil español.

Ahora bien, el proyecto de ley sobre modificaciones a la ley de propiedad intelectual chilena representa un obstáculo para lograr la delimitación de la predeterminación de las indemnizaciones solo al ámbito patrimonial. La dificultad surge a raíz de que la disposición propuesta señala expresamente que la suma única compensatoria será un sustituto de las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales¹⁶⁷.

¹⁶⁶ DIEZ-PICAZO, Luis, op cit, p. 325.

¹⁶⁷ Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 abril del 2007, boletín n° 5012-03.

- **Jurisprudencia Española.**

Existe una sentencia española interesante en relación con esta materia. La resolución fue dictada por Juzgado de lo Mercantil, de fecha 27 de septiembre 2005. Se interpuso una demanda de indemnización de perjuicios y cesación por Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticos (VEGAP) contra una empresa de producción fonográfica. Los demandantes reclaman que la empresa reprodujo y distribuyó una serie de fotografías y un cómic, en varios fonogramas y un videograma editados en soportes CD y DVD, respectivamente, sin contar con las autorizaciones necesarias¹⁶⁸.

En relación con la indemnización de perjuicios, esta sentencia indica que “acepta la cantidad reclamada con base a la tarifa aprobada por VEGAP, acogiendo así el criterio legal de la regalía hipotética (artículo 138 y 140 TRLPI), pero rechaza la aplicación del implemento del 100% sobre el importe tarifario, pretendido por VEGAP de conformidad con lo previsto en sus tarifas generales, por ser desproporcionado y carecer de base legal o contractual. En cuanto al derecho moral, el Juzgado fija su indemnización en 2.000 euros, reduciendo así prudencialmente casi a la mitad lo pedido por la demandante”¹⁶⁹.

Esta sentencia es relevante porque demuestra que es posible que un sistema legal, que regula la predeterminación de las indemnizaciones en el ámbito del derecho de autor, establezca el valor de las indemnizaciones por concepto de daño moral, con total prescindencia del sistema tarifado y en ese sentido, permita determinar el monto perjuicio en base a los criterios generales utilizados en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual.

Considerando las similitudes entre la legislación nacional y la española, el respaldo de esta sentencia a la limitación de la aplicación de las indemnizaciones predeterminadas solo al ámbito de los daños patrimoniales, constituye un apoyo fundamental.

¹⁶⁸ http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n13/m11Pl.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007.

¹⁶⁹ http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n13/m11Pl.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007.

CAPÍTULO VI. ANÁLISIS DE LAS REGLAS SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN RELACIÓN CON EL ÁMBITO DIGITAL.

Después de haber revisado en términos generales la regulación aplicable a los casos de responsabilidad civil extracontractual, es importante concluir este trabajo con una breve mención a la problemática actual que existe en torno a la aplicación de estas normas en el ámbito digital.

Como se dijo con anterioridad, el derecho de autor contiene una regulación sobre el derecho patrimonial de la obra, que no enumera en una lista taxativa las diferentes alternativas de explotación de la creación artística, sino que contiene un listado meramente enunciativo que permite que las normas establecidas sean aplicadas a las innovaciones tecnológicas que comprometen la gestión de estos derechos. A pesar de lo anterior, es recomendable analizar en forma particular cada nuevo mecanismo tecnológico que surge, debido a que sus características pueden obstaculizar la gestión de las facultades existentes, e incluso puede ser el origen del cuestionamiento del derecho de autor.

Los cambios tecnológicos son parte de la historia del derecho de autor, e incluso más, la razón de ser de la experiencia reivindicativa de los autores, y la huella de su desarrollo en la legislación y la jurisprudencia. Desde la invención de la imprenta, cruzando las invenciones del fonógrafo, la radiodifusión, el cine, las copias fotostáticas y luego las comunicaciones interactivas en las redes digitales, el derecho de autor se ha vinculado siempre al cambio tecnológico, como medio de innovación en la explotación de las obras.

El ámbito digital funciona sobre la base de un sistema que consiste en la reducción de una obra en una serie de números, unos y ceros¹⁷⁰, lo que produce como consecuencia que los soportes tradicionales de las obras artísticas se difuminen, transformándose todas las obras en un soporte universal constituido por una secuencia combinada de unos y ceros¹⁷¹. El problema que surge a raíz de esta innovación, consiste en que algunos autores declaran que el derecho de autor tiene su origen en la regulación del soporte donde se registra la obra. Esto se debe a que el soporte permite identificar, materializar y delimitar a la obra frente a lo que representa una idea¹⁷². Así, en la medida que se cuestiona el soporte de la obra y su individualidad, se cuestiona también la vigencia del derecho de autor.

Por otro lado, hay doctrina que reconoce la independencia entre la obra y su soporte. Esta corriente no apoyaría la noción de crisis que se afirma sobre el derecho de autor debido al surgimiento de un soporte universal, ya que lo importante, es que la obra en si misma mantenga sus rasgos característicos que le conceden su individualidad y consiguiente protección como propiedad.

Pues bien, la amplia utilización de las redes digitales y su masificación a nivel mundial, han producido importantes efectos en relación con la vigencia sobre las normas que regulan la responsabilidad por infracción al derecho de autor. Son variados e importantes los problemas que surgen a raíz de la incorporación de obras protegidas por el derecho de autor dentro de la Red. A pesar de lo anterior, en el trabajo sólo se expondrán algunos conflictos que actualmente se discuten y que todavía no han sido resueltos. Esta decisión se basa en que estos temas tienen una gran relevancia en relación con las reglas de responsabilidad civil extracontractual dentro del ámbito del derecho de autor.

Con el objeto que esquematizar los problemas presentes, cada uno de los conflictos que se constaten, van a ser analizados en forma independiente.

¹⁷⁰ SANCHIS Martínez, María Trinidad. Derechos de Autor, Digitalización e Internet. Madrid-España, Editorial Universitas S.A, 2004. 163p, p. 101.

¹⁷¹ SANCHIS Martínez, María Trinidad, op cit, p. 104.

¹⁷² Ibid, p. 105.

1. CUESTIONAMIENTO A LA VIGENCIA DE LAS REGLAS ESPECIALES DE RESPONSABILIDAD CIVIL SOBRE EL DERECHO DE AUTOR EN EL ÁMBITO DIGITAL.

A raíz del frecuente uso de obras protegidas por el derecho de autor dentro del ámbito digital, han surgido diferentes corrientes que mantienen variadas posturas en relación con la forma en que se debe enfrentar el uso que se da en la práctica. El análisis se basará en el trabajo realizado por Ignacio Garrote Fernández-Díez¹⁷³, en relación con los problemas del derecho de autor en el entorno de la línea. En su estudio, Garrote presenta una panorámica bien lograda de las diferentes posturas que enfrentan el problema, mostrando la diversidad de percepciones que existen en la doctrina comparada, tanto desde la perspectiva de la tradición anglosajona, como de la continental.

A. Teorías que analizan la vigencia de la responsabilidad civil en el ámbito digital.

i. La Doctrina Neoclásica.

Los autores que han dado origen a esta postura, basan su análisis en la premisa de que la existencia del derecho de autor no tiene como fundamento el incentivo a la creación y difusión de las obras del espíritu, sino más bien, éste protege una fuente de riqueza mediante la inversión en obras que posibles de explotar en el comercio. Estos autores, tales como Posner, Gordon y Landes¹⁷⁴, demostrando una clara tendencia a fundamentar su propuesta en nociones del análisis económico del derecho, establecen como objetivo la eficacia de éste mercado, la que se alcanza mediante el mecanismo del precio de la obra. Para lograr lo anterior, es necesario que se den las siguientes condiciones; En primer lugar, que exista una propiedad monopolística del derecho de explotación de la obra, así al concentrarse el derecho de autor en una sola persona se favorece una gestión económica racional. Por otro lado, el derecho de autor debe ser exclusivo y alienable, por lo que el derecho moral representaría un obstáculo al comercio de las obras.

¹⁷³ GARROTE Fernández-Díez, Ignacio. Derecho de Autor en Internet, La Directiva sobre Derecho de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información. Granada-España. Editorial Comares, 2001. 647p, p. 68- 97.

¹⁷⁴ GARROTE Fernández-Díez, Ignacio, op cit, p. 70.

Dentro del ámbito digital, han propuesto que la eficiencia esperada se logra solo en la medida que las acciones de los titulares de los derechos de autor, se realicen sobre la base de las normas generales del ámbito privado. Así, la mejor forma de mantener el “comercio intelectual” es a través de la propiedad privada, debido a que la tecnología permite un control más sencillo de las transacciones y por otro lado, lo anterior produce como consecuencia una drástica disminución de los costos de transacción en relación a la fiscalización del uso de las obras.

Para lograr éste eficacia es necesario que el uso de la propiedad privada vaya acompañada de medidas tecnológicas efectivas, con el objeto de permitir un seguimiento de cada obra en la Red. La conclusión de lo anterior, es que las reglas especiales del derecho de propiedad afectan la eficacia de éste mercado, por lo que las transacciones deben realizarse sobre la base de los contratos de carácter general del ámbito civil. Incluso, afirman su oposición a que se apliquen las excepciones de los derechos patrimoniales, contempladas en todas las legislaciones internas. Esto debido a que la tecnología de la red permite que el titular del derecho de autor otorgue las licencias de manera individual, ya que tiene la posibilidad de contratar directamente con los usuarios.

Las críticas que se pueden efectuar a esta postura son que, en primer lugar, las normas que protegen el derecho de autor no tienen porque satisfacer pretensiones de eficiencia económica en relación con el mercado que se produce sobre las obras de arte. Esta crítica también es utilizada por las corrientes dogmáticas que están en desacuerdo con el análisis económico del derecho, ya que postulan que la eficacia es importante, pero no es único objetivo que deben satisfacer las normas. Otras críticas apunta a que esta postura no establece ningún límite en relación con las facultades del autor, por lo que se otorga demasiada importancia al titular del derecho, en desmedro de los usuarios. En ese mismo sentido, Merges¹⁷⁵ señala que es necesario que exista una regulación especial en torno al derecho de autor en el ámbito digital, ya que es necesario poner límites a la autonomía de la voluntad del titular de los derechos en cuestión.

¹⁷⁵ GARROTE Fernández-Díez, Ignacio, op cit, p. 80.

Finalmente, también es posible criticar a esta postura, el hecho que se ampare en una visión que desconoce por completo las bases de la tradición continental, lo cual a pesar de que puede ser una visión válida, perjudica el posible apoyo que se le pueda dar a esta propuesta. Lo anterior se debe a que la teoría neoclásica rechaza la posibilidad de que en el ámbito digital se otorgue protección al derecho moral, situación que definitivamente es inaceptable en la legislación jurídica chilena y en todas las que se originan de la regulación francesa. Esto debido a que el derecho moral es inalienable e irrenunciable, por lo que no es posible que se desconozcan en forma absoluta en el ámbito digital. En segundo lugar, el derecho moral es un elemento esencial de la regulación del derecho de autor ya que, tal como se señaló al inicio de este trabajo, es una consagración del reconocimiento de la calidad autor-creador lo que en definitiva, permite considerar a la obra como parte de la personalidad del autor.

ii. **La Doctrina Minimalista.**

Dentro de esta corriente existen diferentes posturas, las que mantienen en común la idea de que la protección que el ordenamiento jurídico otorga al derecho de autor, restringe la posibilidad de que se desarrolle una actividad crítica, política y social. Las diferentes posturas sobre esta corriente son las siguientes:

- **El Libertalismo Radical.**

Uno de sus exponentes es Perry Barlow¹⁷⁶. Este autor establece que el sistema de protección del derecho de autor está obsoleto, debido a que éste se creó sobre la distinción entre el corpus mysticum y el corpus mechanicum en relación con las obras del espíritu, distinción que no es posible de aplicar en las redes digitales. Por otro lado, se constata la dificultad que existe en relación con una fiscalización en la Red de los actos ilícitos sobre el derecho de autor, frente a lo que declara que el Derecho debe adaptarse a la sociedad y no a la inversa.

¹⁷⁶ GARROTE Fernández-Díez, Ignacio, op cit, p. 82.

Afirma que las teorías que desarrollan la protección al derecho de autor, se fundan en una idea romántica del autor con su obra, situación que en la actualidad no existe, ya que en general, los titulares de los derechos son grandes compañías transnacionales. Además, los grupos que incentivan la inalteración de las reglas sobre el derecho de autor en el ámbito digital, son las industrias tradicionales que ven amenazada su inversión frente a la competencia de nuevos formatos. Finalmente, establecen que la Red abre una posibilidad de desarrollo cultural de los países en desarrollo, ya que permite la apertura de diversos repertorios de obras digitalizadas y que la protección al derecho de autor frustraría este desarrollo. Así, en el caso que se llegase a impedir el acceso irrestricto a los contenidos de la Red, como consecuencia de la aplicación del derecho de autor dentro del ámbito digital, se estaría limitando injustificadamente la facultad de gozar del derecho a la cultura¹⁷⁷.

Frente a esta propuesta, en la doctrina comparada han surgido las siguientes críticas. En primer lugar, se critica la falta de reconocimiento que se hace en relación con la ya reconocida flexibilidad de la regulación del derecho de autor, en la medida que tiene la capacidad de adaptarse a los desafíos que representan las nuevas tecnologías.

Luego se afirma que la “fuente cultural” que podría representar el ámbito digital, se vería directamente afectado por la falta de protección del derecho de autor, debido a que los titulares del derecho disminuirían la creación intelectual en la medida que no es posible obtener un beneficio de la misma, y como consecuencia se limitaría el patrimonio cultural, afectando directamente al llamado derecho a la cultura¹⁷⁸. También se afirma que la supuesta evolución de los países en desarrollo no sería tal, debido a que estos países también tienen obras que son posibles de poner a disposición del mundo, y en aquel supuesto, la protección que otorga el derecho de autor representa un incentivo.

Finalmente, Garrote Fernández-Díez dice que el problema que enfrenta la doctrina del libertarismo radical, es desconocer la vigencia del concepto tradicional de autor, que se

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ Delpech, Horacio. Internet: Su Problemática Jurídica, Buenos Aires-Argentina, Editorial Lexis Nexos, 2004. 571p, p. 249.

¹⁷⁸ FERNÁNDEZ Delpech, Horacio, op cit, p. 249.

ve fortalecida por la existencia de la Red, debido a que ésta permite un mayor control del autor en relación con el destino de sus obras, en la medida que se aplique el mecanismo de licencias en línea.

- **El Minimalismo Democrático.**

Su exponente es Elkin-Koren¹⁷⁹, quien afirma que la Red representa la posibilidad de participar en un diálogo democrático, debido a la pluralidad que se desarrolla en ese ambiente. Es debido a lo anterior, que no es posible aceptar una protección de los derechos de autor, ya que estos representarían una barrera a este desarrollo, debido a que su regulación produce el efecto de centralizar la información. Incluso se ha llegado a afirmar que la inexistencia de la protección a los derechos de autor, haría surgir un público activo, productor de creaciones intelectuales, ya que los titulares no tendrían la capacidad de controlar la modificación de sus obras dentro del ámbito digital.

Las críticas que se realizar surgen principalmente de Hughes¹⁸⁰, quien declara que esta postura solo ampara los intereses de los usuarios que son posibles creadores, pero no reconoce por un lado, los intereses de la mayoría de los usuarios que buscan la protección de creaciones intelectuales estables, ni por otro los intereses de los creadores originarios, quienes mantienen inquietudes, en relación con el destino de sus obras.

iii. Las Posturas Eclécticas.

Dentro de esta corriente, existen diferentes posturas que coinciden en la idea que los principios del derecho de autor se aplica plenamente en el ámbito digital, pero que a pesar de lo anterior, es necesario establecer ciertas modificaciones a la legislación interna, con el objeto de que ésta se adapte al nuevo medio tecnológico. Así, a diferencia de las corrientes anteriores, esta doctrina es la única que apoya la vigencia de una protección especial para las obras intelectuales. Las diferentes posturas son las siguientes:

¹⁷⁹ GARROTE Fernández-Díez, Ignacio, op cit, p. 89.

¹⁸⁰ Ibid, p. 91.

- **El Derecho de Autor como Parte del Derecho a la Información.**

Sus exponentes son Litman y Nimmer¹⁸¹, quienes coinciden en identificar la importancia occidental del derecho de información, como fuente de libertad de expresión. Frente a éste fenómeno, el derecho de autor debe evolucionar con el propósito de no afectar la armonía que tradicionalmente a existido entre el derecho de autor y libertad de expresión. Para lograr lo anterior, Nimmer propone una superación de esta regulación, en el sentido de que el derecho de autor quede subsumido en un nuevo derecho general que regule todos los aspectos sobre el ámbito digital.

Las críticas que Garrote formula a esta postura es que, su enfoque es sólo comprensible dentro de la tradición anglosajona, pero que no es subsumible a la legislación continental, en la medida que ésta establece una propiedad especial del derecho de autor que otorga especial al vínculo personal entre la creación intelectual y la obra. Por otro lado, Aoki¹⁸² establece que en la doctrina norteamericana existe una confusión entre la noción de información y la de creación intelectual. Tal confusión no es posible de constatar en la tradición continental, lo que produce como consecuencia que no sea posible pretender aplicar a las obras intelectuales la lógica del derecho a la información, ya que los intereses jurídicos involucrados son diferentes.

- **La Evolución del Derecho de Autor como Solución.**

En general sus exponentes forman parte de la tradición francesa. Resaltan la flexibilidad de las normas que otorgan protección a los derechos de autor y constatan la total vigencia de los principios que confirman la regulación del derecho de autor. A pesar de lo anterior, reconocen la necesidad de reformar la legislación para adecuarla a las exigencias de la Red. Dreier¹⁸³ postula tres líneas maestras que deberían amparar una futura reforma. En primer lugar, establece que es necesario llenar las lagunas y dudas que hayan surgido en las legislaciones internas. Luego, se debe otorgar apoyo a las iniciativas

¹⁸¹ GARROTE Fernández-Díez, Ignacio, op cit, p. 93-95.

¹⁸² Ibid, p. 97.

¹⁸³ Ibid, p. 98.

que han surgido en torno a la idea de establecer medidas tecnológicas de protección a la información, en relación con el derecho de autor. En último lugar, establece que es necesario ajustar las prácticas contractuales a las nuevas formas de explotación que surgen del medio digital.

Esta es la postura, que según la posición de este trabajo, que mejor interpreta el conflicto que existe en relación con la gestión de los derechos de autor en el ámbito digital. Así, lo recomendable sería analizar cual es la aplicación efectiva del derecho de autor en el ámbito digital. Descubrir el motivo de la carencia de una gestión eficaz y determinar a través de que métodos es posible conciliar la aplicación de la protección vigente al derecho de autor frente a la lógica que regula el funcionamiento de la Red.

Uno de los principales elementos que deberían ser evaluados en la aplicación de las normas sobre derecho de autor en el ámbito digital, debe ser la noción que las normas y la doctrina mantiene sobre “reproducción o copia”. En este punto se está se acuerdo con el planteamiento que realiza Lawrence Lessig¹⁸⁴ en relación con el hecho que debe existir un cambio sobre la relevancia de la copia como elemento determinante al momento de interactuar con una obra artística protegida. Este autor dice lo siguiente:

“Mientras que puede que sea obvio que, en el mundo de antes de Internet, las copias fueran el motivo obvio para la ley del copyright, cuando reflexionamos sobre ello debería ser obvio que, en un mundo con Internet, las copias no deberían ser el motivo para una ley del copyright (...) Internet debería forzarnos al menos a volver a pensar las condiciones bajo las cuales la ley del copyright se aplica automáticamente (...)”¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Es importante tener en consideración que Lawrence Lessig no pertenece a la categoría de la evolución del derecho de autor como solución, sino que en el trabajo se utilizó uno de los elementos de análisis de su libro, ya que era pertinente en cuanto representaba un hecho que se ajustaba a la necesidad de adecuar la legislación para hacerla efectiva en el ámbito digital, respetando las mismas condiciones que se desarrollan en el “ámbito tradicional”.

¹⁸⁵ LESSIG, Lawrence. Cultura Libre. Como los Grandes Medios Usan la Tecnología y las Leyes para Encerrar la Cultura y Controlar la Creatividad. Santiago-Chile, Editorial Lom., 2005, p. 119-120.

Lessig explica que Internet representa una red digital distribuida en el espacio en la cual cada uso de una obra con copyright crea una copia¹⁸⁶. Así, antes una persona desarrollaba un acto legal al leer varias veces un libro que hubiese comprado. Ahora, si la persona accede por medios legales a una obra escrita pero que está en formato digital, si pretende releer la obra, está creando una nueva copia, por lo que debería volver a solicitar el permiso correspondiente o pagar un monto de dinero, si es que a través de ese sistema accedió a la obra.

Esto demuestra que en el área virtual se exigiría una carga mayor en comparación a la actividad que realiza el lector tradicional. La consecuencia de lo anterior sería, según Lessig, que debido a una característica del diseño de la red digital (como lo es el uso de la copia como principal método para participar en la Red) el radio de acción en Internet no permitiría participar de los usos que en el “ámbito material” no tienen regulación¹⁸⁷, limitando el campo de acción en forma exclusiva a los usos regulados¹⁸⁸ y a los usos justos¹⁸⁹. En relación con la incorporación de los usos justos que señala Lessig en el análisis, es necesario aclarar que tal categoría no está regulada en las Leyes sobre Propiedad Intelectual que provienen de la tradición continental. En efecto, Chile no configura dentro de su normativa los usos justos, ya que nuestro país establece un estatuto de excepciones, tal como ocurre en el derecho europeo continental, sistema que tiene por finalidad última, el mismo propósito del *fair use*.

La Unión Europea ha realizado un avance en relación con la necesidad de adecuación de ciertos términos al ámbito digital y en consecuencia, alterar la respectiva

¹⁸⁶ LESSIG, Lawrence, op cit, p. 122.

¹⁸⁷ Según el autor usos sin regular están constituidos por diferentes acciones que no tienen una regulación en las leyes de copyright y que no representan una copia de la obra artística, por lo que su realización no implica un acto ilícito. El autor da algunos ejemplos tales como darle a alguien un libro comprado o revender ese libro. Página 120.

¹⁸⁸ Los usos regulados estarían constituidos por todas aquellas acciones que se encuentran contempladas en la ley de copyright por lo que su realización es legal en la medida que se cumpla con las condiciones que establece la respectiva norma. Página 121.

¹⁸⁹ El autor entiende por usos justos, aquellos que implican en sí mismos una copia de la obra, pero la ley no los regula debido a que la política a favor del bien público exige que permanezcan sin regular. Un ejemplo de esos casos es el citar partes del libro de un autor, dentro de otra obra. Página 121. Es importante resaltar que éste acto sí está regulado en la ley chilena de propiedad intelectual (artículo 38 LPI), pero no recibe el nombre de usos justos.

protección de ciertas figuras jurídicas, dentro de la Red. Así, en la Directiva 2001/29/CE sobre Derecho de Autor y afines en la Sociedad de la Información, ha declarado que la reproducción provisional constituye una excepción al derecho de reproducción en los casos que “sean transitorias o accesorias y forme parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar: a) una transmisión en una Red entre terceras partes por un intermediario, o b) una utilización lícita, de una obra o prestación protegida y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente¹⁹⁰”. La consecuencia de realizar esta afirmación consiste en establecer que la memoria RAM y la memoria caché, quedarían excluidas de la protección que otorga al derecho de autor a las diferentes formas de reproducción. La memoria RAM representa al ordenador del usuario, que permite visualizar una obra que haya sido descargada desde el servidor donde se encuentra ubicada¹⁹¹. La memoria caché, está constituida por el almacenamiento que se realiza de una obra en el disco del ordenador del usuario, lo cual tiene por objeto permitir que una nueva visualización de la obra no provoque una nueva transferencia desde el sitio del hosting¹⁹². Según Horacio Fernández Delpech, las respectivas nociones que se tienen sobre memoria RAM y memoria caché, permiten concluir que la intención de la Unión Europea es evitar que el ordenamiento jurídico considere como reproducción las copias efímeras que se pueden realizar sobre una obra dentro del ámbito digital¹⁹³.

B. Efecto de las diferentes posturas frente a la actual regulación del derecho de autor y la responsabilidad civil extracontractual en Chile.

El interés que presentan para el trabajo las discusiones doctrinarias recién expuestas, radica en el hecho que las reglas sobre responsabilidad civil extracontractual se verían expuestas a profundos cambios en relación con su aplicación, dependiendo de que postura se adopte. Así por ejemplo:

- En el supuesto que la legislación interna chilena aplicara la Doctrina Neoclásica, la consecuencia sería que dentro del ámbito digital, las reglas especiales que la ley N°

¹⁹⁰ FERNÁNDEZ Delpech, Horacio, op cit, p. 262.

¹⁹¹ Ibid, p. 249.

¹⁹² Ibid, p. 252.

¹⁹³ Ibid, p. 263.

17.336 establece para los casos sobre responsabilidad civil, perderían total vigencia, debido a que las consideraciones de eficacia son satisfechas dentro de la Red, solo en la medida que se apliquen las reglas generales sobre derecho privado. Así por ejemplo, no sería posible invocar el artículo 14 N° 1 LPI, con el objeto de accionar contra la infracción al derecho moral por el uso de una obra artística, sin la debida referencia a la paternidad de la obra.

- En el supuesto que la legislación interna chilena adoptara la Doctrina Minimalista, se produciría el fenómeno de que cualquier utilización que se realizara en torno a obras artísticas dentro del ámbito digital, sería lícita, con total independencia en relación con la regulación que establece la ley sobre Propiedad Intelectual. Así, la Red representaría un campo excepcional, en el cual no regirían el conjunto de normas que el legislador ha establecido con el objeto de otorgar protección a las creaciones artísticas. Un ejemplo de lo anterior, podría ser representado con el caso que un individuo realizara dentro o exclusivamente en la Red, una adaptación de una obra escrita, sin previa autorización del titular del derecho, el autor no tendría acción alguna para proteger la modificación a la cual ha sido expuesta su creación. Pero, si ese acto de transformación de la obra, se concretara en un corpus mechanicum, como por ejemplo en la edición de un libro, el titular del derecho podría ejercer tanto las acciones que establece la ley N° 17.336, como las generales del Código Civil (exclusivamente para esa transformación).
- Finalmente, en el supuesto que la legislación interna chilena regulara el fenómeno del ámbito digital sobre la base de la Postura Ecléctica, se produciría como consecuencia, que la regulación que existe en relación con la responsabilidad civil en el ámbito digital, se aplicaría en principio, plenamente.

Lo anterior se realizaría, salvo que, en consideración a características propias de la Red, el legislador se viera en la necesidad de regular algunos aspectos en forma especial, con el propósito de que la protección que se pretende otorgar, sea posible de ejercitar en forma efectiva en el ámbito digital. Así por ejemplo, en el caso que, dentro de la Red se realizara un acto que representara un perjuicio al derecho de comunicación pública del

autor, el titular del derecho podría eventualmente ejercer la facultad que consagra en artículo 82 LPI¹⁹⁴, en relación con la venta, entrega o destrucción de los ejemplares que fueron objeto de la infracción. Debido a que es difícil imaginar una situación en que se produzca por ejemplo, una destrucción de una página web, ya que éste concepto tiende a ser relacionado con “objetos material” y no virtuales, tal vez el legislador se vería en la necesidad de incorporar dentro de las alternativas que enumera el artículo 82 LPI, la acción de suspender el servicio donde se representa la reproducción digital, con el objeto de obtener consecuencias similares a la acción de destrucción.

2. CONFLICTO SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO INFRACTOR.

Un problema que surge en relación con la aplicación de normas sobre responsabilidad civil extracontractual dentro del ámbito digital, es la necesidad de determinar cuales de los sujetos que interactúan en la Red, van a ser considerados como responsables en el caso que se establezca responsabilidad por los perjuicios cometidos. Este problema surge principalmente dentro de la Red, debido a que son diferentes personas las que pueden ser identificadas como involucradas en éste ilícito civil. A continuación se expondrán cuales son los posibles sujetos involucrados, junto con las dificultades que presentan sus características dentro de un proceso.

A. Los Proveedores de Contenido.

i. Noción General.

Estos sujetos pueden ser personas naturales o jurídicas y se caracterizan, en primer lugar por seleccionan y luego ponen a disposición de los usuarios de Internet un

¹⁹⁴ El Tribunal, al hacer efectiva la indemnización de perjuicios, puede ordenar, a petición del perjudicado. 1. La entrega de éste, la venta o destrucción: a) De los ejemplares de la obra fabricados a puestos en circulación en contravención a sus derechos, y b) Del material que sirva exclusivamente para la fabricación ilícita de ejemplares de la obra. 2. La incautación del producto de la recitación, representación, reproducción o ejecución. Durante la secuela del juicio podrá el Tribunal ordenar, a petición de parte, la suspensión inmediata de la venta, circulación, exhibición, ejecución o representación.

determinado contenido¹⁹⁵. Dentro de esta clasificación es posible distinguir entre proveedores de contenido profesionales, los que realizan la actividad de selección e introducción de contenidos a la Red, motivados por fines de carácter comercial. Por otro lado, se encuentran los proveedores de contenidos no profesionales, quienes participan con el objeto que la información que suben a la Red, tenga una amplia difusión¹⁹⁶.

Se dice que los proveedores de contenido son responsables de las infracciones al derecho de autor en la Red, debido a que ellos realizan la selección y almacenamiento de obras con el objeto de realizar su transmisión, actos que imponen la obligación de solicitar la previa autorización respectiva¹⁹⁷.

ii. Dificultades para hacer efectiva la responsabilidad de Proveedores de Contenido.

Lucía Marín Peidro ha identificado un problema que se presenta al momento de intentar hacer responsables a los proveedores de contenido. Ella establece que existe dificultad en relación con la necesidad de determinar la identidad de los proveedores de contenido, debido al amplio margen de anonimato que se manifiesta en las actividades que se realizan en el ámbito digital. Este anonimato se manifiesta principalmente, en los servidores gratuitos, también en la creación de páginas web, como en el envío de mensajes de correo electrónico¹⁹⁸.

Ricardo Antequera establece otros problemas que surgen en relación con la pretensión de ejercer las acciones de responsabilidad civil contra los proveedores de contenido. En primer lugar, identifica el conflicto relacionado con la carencia de solvencia económica que presentan los proveedores de contenido¹⁹⁹, la que perjudica la pretensión

¹⁹⁵ MARÍN Peidro, Lucía. Los Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet, Madrid-España, Fundación Retevisión, 2000. 181p, p. 53.

¹⁹⁶ MARÍN Peidro, Lucía, op cit, p. 54.

¹⁹⁷ ANTEQUERA Parilli, Ricardo. El Fenómeno Digital y la Observancia de los Derechos de Autor. En; Derecho de autor, Un desafío para la creación y el desarrollo, Santiago-Chile, Ediciones Lom, 2004., p. 126.

¹⁹⁸ MARÍN Peidro, Lucía, op cit, p. 77.

¹⁹⁹ ANTEQUERA, Ricardo, op cit, p. 36.

que en general mantienen los afectados de obtener una indemnización por causa de los daños sufridos. Finalmente, el autor establece como conflicto el hecho que estos sujetos se ubiquen en territorios en los cuales no existe protección legal a las obras en cuestión²⁰⁰.

iii. **Iniciativas para hacer responsables a los Proveedores de Contenido.**

Existen algunas iniciativas legislativas que han establecido en forma expresa la responsabilidad de los proveedores de contenido ilícitos que se difundan en la Red. Así, por ejemplo se encuentra La Comunicación Sobre Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet de 1996. Los principales elementos de este texto del Parlamento Europeo son los siguientes:

- Internet no se encuentra en un vacío jurídico, ya que todas las partes interesadas, entre otras, los suministradores de contenidos, están sujetos a las legislaciones de los Estados miembros respectivos.
- la responsabilidad primordial de los contenidos recae en los suministradores de contenidos. Por ello es imprescindible señalar con exactitud la cadena de responsabilidades con el fin de situar la responsabilidad de los contenidos ilícitos.²⁰¹

En Chile, Santiago Schuster ha declarado la responsabilidad directa de estos sujetos, estableciendo que las utilidades *on line*, no autorizadas son posibles de ser incorporadas a las conductas sancionadas por el artículo 18 LPI, el que señala que el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, puede utilizar una obra según lo permita la ley²⁰².

²⁰⁰ ANTEQUERA, Ricardo, op cit, p. 36.

²⁰¹ <http://www.onnet.es/10002010.htm>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

²⁰² SCHUSTER, Santiago, Propiedad Intelectual en Internet, Responsabilidades legales en las redes digitales, apuntes de clases, p. 15.

- **Jurisprudencia Española.**

Existe una interesante sentencia española que condena por responsabilidad extracontractual a un proveedor de contenido (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 16 de julio 2004, España)²⁰³.

Este caso no se expuso a las dificultades planteadas para hacer efectiva la responsabilidad de proveedores de contenido debido a que el sujeto responsable también era proveedor de servicio, lo que, en definitiva, facilitó la identificación del sujeto y aseguró su solvencia económica. Otra particularidad de esta causa, es que la infracción objeto de cuestionamiento, no vulneró el derecho de autor sino que afectó el derecho conexo del productor de fonograma²⁰⁴. A pesar de lo anterior, el fallo es muy relevante para el derecho de autor, ya que el análisis desarrollado por el tribunal es plenamente aplicable a las dificultades que afectan al derecho de autor en el ámbito digital.

En esta causa EMI ODEON S.A demandó a WEBLISTEN S.A. porque esta empresa desarrollaba una actividad que consistía en reproducir y poner a disposición del público, a través de la página web weblisten.com, las grabaciones musicales del repertorio de EMI ODEON S.A. Para concretar ese servicio WEBLISTEN debía extraer las canciones de los CDs originales y realizar copia en el disco duro del servicio web de WEBLISTEN, digitalizar y almacenar los fonogramas previamente existentes.

La sentencia de primera instancia condenó a WEBLISTEN a cesar la referida actividad y a indemnizar a EMI ODEON S.A. en la cantidad de 16.884,42 euros, entre otras cosas. La condenada apeló a la sentencia. A continuación se analizarán los elementos más relevantes del fallo que resolvió en recurso de apelación.

²⁰³ <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo689.asp>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

²⁰⁴ Artículo 5 k) LPI: "Productor de fonograma significa la persona natural o jurídica que toma la iniciativa y tiene la responsabilidad económica de la primera fijación de los sonidos de una ejecución o interpretación u otros sonidos o las representaciones de sonidos".
Artículo 5 m) LPI: "Fonograma: toda fijación exclusivamente sonora de los sonidos de una ejecución o de otros sonidos".

En relación con la infracción al derecho de reproducción de la obra, el tribunal señaló que en el ámbito específico de las redes digitales informáticas no se discute que los actos que suceden en los dos extremos de la cadena, esto es, introducir o cargar una obra en servidores u ordenadores conectados a la red uploading y descargar de modo permanente una obra desde Internet hasta un soporte material downloading, suponen una reproducción de la obra sujeta a la correspondiente autorización de los derechohabientes²⁰⁵.

En relación con la infracción al derecho de comunicación pública de la obra, el fallo afirmó que “hay bastante acuerdo en la doctrina en que en Internet, la mera puesta a disposición de la obra en un sitio web hace que la misma potencialmente sea disfrutada y más aún, reproducida por un número indeterminado de personas. Tal actividad afecta de forma decisiva a los derechos de explotación exclusivos de la obra, y, por ello, es necesario someterla al control del titular o cesionario del derecho de comunicación pública, sin necesidad de verificar si efectivamente persona alguna ha accedido a la página web o base de datos en cuestión. El acto relevante desde el punto de vista económico es el de hacer una oferta permanente a un público indeterminado, pues nuestra ley no menciona que haya necesidad de un acto positivo de comunicación recepción efectiva de la obra para que ésta tenga lugar”²⁰⁶.

Teniendo en consideración estos antecedentes, el tribunal concluyó que WEBLISTEN no tenía apoyo legal (concretado en la autorización de los titulares del derecho de propiedad intelectual) para realizar tareas de reproducción o de comunicación pública (mediante la colocación en Internet) de las canciones contenidas en los catálogos de EMI ODEON. En consecuencia, consideró correcta y acertada la interpretación y aplicación de ley de propiedad intelectual en la sentencia recurrida, y por lo tanto la confirmó en todos sus puntos.

²⁰⁵ <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo689.asp>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

²⁰⁶ <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo689.asp>, de fecha 10 de septiembre de 2007.

B. Los Proveedores de Servicio.

i. Noción General.

Son aquellos sujetos que “tienen por objeto facilitar transacciones a distancia, utilizando medios técnicos o tecnológicos adecuados a dicho fin, mediante los cuales los consumidores puedan recibir bienes y/o servicios²⁰⁷”. Estos sujetos permiten la transmisión de la información que previamente ha sido seleccionada por los proveedores de contenido²⁰⁸.

El ya citado proyecto de ley que pretende modificar la ley de propiedad intelectual propone una definición de prestador de servicio con el objeto de suplir la omisión de la actual regulación. La iniciativa presidencial define al proveedor de servicio como “un proveedor de transmisión, enrutamiento o conexiones para comunicaciones digitales en línea, sin modificación de su contenido, entre puntos especificados por el usuario del material que selecciona el usuario, o un proveedor u operador de instalaciones de servicios en línea o de acceso a redes”²⁰⁹.

Las razones que se establecen con el objeto de hacer responsables a estos sujetos, son principalmente que a través de éstos se logra superar los conflictos que fueron planteados sobre los proveedores de contenido. Así, los proveedores de servicio, presentan la ventaja de la identificación de sus actividades en la Red. Son fáciles de localizar, ya que es posible acudir a sus establecimientos principales²¹⁰. Por otro lado, también se caracterizan por tener recursos económicos lo que es de gran importancia, debido al interés de que existe en el afectado de obtener una suma de dinero que represente la indemnización por los perjuicios sufridos.

²⁰⁷ ERDOZAIN, José Carlos. Derecho de Autor y Propiedad Intelectual en Internet. Madrid-España, Editorial Tecnos, 2002. 209p, p. 200.

²⁰⁸ MARÍNPeidro, Lucía, op cit, p. 57.

²⁰⁹ Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 abril del 2007, n° boletín 5012-03.

²¹⁰ Ibid, p. 72.

ii. **Dificultades para hacer efectiva la responsabilidad de los Proveedores de Servicio.**

La principal dificultad que existe para hacer responsable a estos sujetos es establecer su ubicación y en consecuencia las leyes que rige sus actuaciones. El problema es que si los proveedores se encuentran en un territorio que no otorgue protección a las obras, no será posible hacerlos responsables.

Por otro lado, se otorgan argumentos con el objeto de evitar su responsabilidad, los que se basan en primer lugar, en que estos sujetos son meros transportistas de información, por lo que no se encuentran involucrados con la selección de los contenidos de la Red. También se argumenta que existe gran dificultad sobre la posibilidad de controlar la información que transita en sus sistemas y que si se les hiciera responsables en relación con la información que prestan, se verían obligados a incrementar los costos de los servicios, debido a la necesidad de contratar seguros y asesorías legales, lo que perjudicaría directamente al ámbito digital²¹¹.

iii. **Iniciativas para hacer responsables a los Proveedores de Servicio.**

Existe gran regulación a nivel internacional sobre la responsabilidad de estos sujetos, y también jurisprudencia, pero existe el problema de la falta de uniformidad de los criterios. Así, Lucía Marín reconoce que dentro de la jurisprudencia francesa, antecedentes de gran importancia para la práctica chilena debido a que mantienen los mismos orígenes, no es posible concluir cual es la postura dominante de los tribunales frente a este problema, ya que existen casos que establecen responsabilidad de los proveedores de servicio, como otros que los exoneran²¹².

²¹¹ Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 abril del 2007, boletín n° 5012-03, p 72.

²¹² MARÍN Peidro, Lucía, op cit, p. 93.

- **Jurisprudencia de Estados Unidos.**

Existe un caso que tiene especial relevancia debido a que el tribunal establece la responsabilidad del proveedor de servicio Napster²¹³. En este caso, Napster cumplía la función de facilitar la transmisión de ficheros MP3 entre sus usuarios, sobre la base del proceso denominado *peer to peer*.

Los principales argumentos que se esgrimen en la apelación del tribunal del Distrito del área norte de California, contra la actividad de Napster son los siguientes:

- Napster es responsable por infracción parcial al derecho de autor, ya que este tenía conocimiento real de que los usuarios intercambiaban música protegida, con lo cual contribuye a la infracción directa.
- Napster contribuye materialmente a la actividad infractora, debido a que sin los servicios de apoyo que éste proporciona, los usuarios de Napster no podrían encontrar y descargar la música que ellos quieren.
- Napster es responsable por infracción subsidiaria del derecho de autor, debido a que tiene un interés directo en la actividad infractora, ya que se beneficia económicamente cuando la disponibilidad del material infractor “actúa como atracción” para los clientes. Es posible escapar de esta responsabilidad en la medida que se ejerza el derecho reservado a vigilar el sistema en su máxima extensión. Napster, teniendo la capacidad y el derecho de vigilar sus sistemas, falló en ejercerlo para evitar el intercambio de material protegido.

Es interesante resaltar la postura de Pedro de Miguel Asensio, quien declara que no es esta tecnología en sí misma (*peer to peer*) la que menoscaba del derechos de propiedad intelectual, ya que su empleo respecto de obras que se encuentran en el

²¹³ Sentencia Napster “A&M RECORDS CON NAPSTER” (00-16401) (Apelación del tribunal del Distrito del área del norte de California, 12 de febrero de 2001).

dominio público o que su uso ha sido autorizado por el titular, resultan legítimos²¹⁴. La actividad ilegítima sólo se constata en el momento que se utilizan obras protegidas cuyo uso no ha sido autorizado por el titular del derecho²¹⁵.

Otro punto a resaltar, son las negociaciones que realizaron los representantes de Napster con los respectivos de BMG, Edel Music AOL Time Warner y EMI, en forma paralela al desenvolvimiento del juicio. Todas estas organizaciones constituyen empresas discográficas que demandaron a Napster, entre otras razones, por el menoscabo económico sufrido debido a la infracción del derecho de autor sobre las obras protegidas a las cuales tienen derecho. La negociación liderada por Napster tuvo por propósito lograr un acuerdo de cooperación en el que se establece que Napster continuará prestando sus servicios habituales, pero que éste se realizaría mediante en pago que los usuarios hagan de una tarifa que será fijada en coordinación con las discográficas²¹⁶. Lo relevante de este acuerdo, es que mediante su suscripción se demuestra que Napster tiene los medios tecnológicos para lograr un equilibrio entre ser un intermediario que permita el acceso a música a través de la Red, y el respeto al derecho de autor mediante el pago de una tarifa determinada. Esto demuestra que en algunos casos, tal como éste, el problema que existe entre el acceso a obras artísticas por medio del ámbito digital y la protección del derecho de autor, no es tan radical como se le representa, sino que basta con tener una actitud de disposición para lograr conciliar los dos intereses, sin anular a uno de estos por completo.

- **Jurisprudencia Nacional.**

En Chile, el año 1999 se dictó una resolución para poner término a un Recurso de Protección presentado por lesión de la honra de una menor. A pesar de que el recurso interpuesto no tuvo por objeto resolver algún tipo de infracción al derecho de autor, la sentencia va a ser analizada porque constituye el único antecedente jurisprudencial

²¹⁴ DE MIGUEL Asensio, Pedro Alberto. Derecho Privado de Internet. Madrid-España, Editorial Tecnos, 2002. 583p, p. 258.

²¹⁵ DE MIGUEL Asensio, Pedro Alberto, op cit, p. 259.

²¹⁶ FERNÁNDEZ Delpech, Horacio, op cit, p. 242.

nacional que enfrentó la situación jurídica a que se exponen los proveedores de servicio en el ámbito digital²¹⁷.

Los hechos son los siguientes: el 31 de julio de 1999 apareció en la sección de Productos y Servicios de la página www.entelchile.net un aviso de ofrecimientos sexuales, en la que figura como remitente la menor Paulina Fuentes Almendra, de 17 años, estudiante, señalando como teléfono de contacto el número correspondiente a su domicilio. La familia de Paulina recibió innumerables llamadas telefónicas obscenas, insultantes, groseras y pervertidas, lo que en definitiva obligó a su familia a suspender el servicio telefónico, causando una crisis emocional a ella y su familia.

Los recurrentes señalaron que ENTEL ha actuado en forma arbitraria por las siguientes razones:

- Permitió irresponsablemente la publicación del aviso por parte de personas anónimas sin verificar la identidad de sus fuentes, permitiendo que mentes desquiciadas afecten la integridad física y psíquica de las personas.
- Permitió la expresión de conceptos dañosos por parte de personas anónimas, dejando en la indefensión a las personas que carecen de medios para asegurar el respeto de sus derechos.

Finalmente, los recurrentes solicitaron a la Corte que elimine de modo inmediato y definitivo cualquier anuncio o publicación relacionada con los ellos; que se asegure, por parte de la recurrida y a favor de los recurrentes, a no inclusión de nuevos avisos sin que previamente se identifique el emisor del mismo; que se tomen todas aquellas medidas que el Tribunal estime convenientes para el adecuado resguardo de los derechos de los recurrentes.

²¹⁷ Rol N° 243-99. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 6 de diciembre de 1999.

Por su parte, ENTEL advirtió que, conforme a la legislación vigente, tiene la calidad de concesionario de Servicios Públicos de Comunicaciones, y que la ley prohíbe a todos los prestatarios y permisionarios de telecomunicaciones verificar la identidad de quienes emiten mensajes y comunicaciones y, aún, controlar, censurar, interferir o intervenir en el contenido de las mismas. Además, esta empresa nada tiene que ver con el origen del mensaje cuestionado, pues, sólo se limitó a prestar al causante un acceso a la red virtual Internet.

A pesar de que el recurso no fue acogido debido a que la publicación ya no estaba disponible en Internet al momento de su presentación, la resolución es destacable por dos elementos.

En primer lugar, es posible resaltar que la Corte de Apelaciones de Concepción realizó un análisis acabado del ámbito de las responsabilidades legales en la Red, siendo la primera sentencia de Latinoamérica en calificar dicha situación jurídica²¹⁸.

En segundo lugar, el elemento más importante del referido fallo, es que, a pesar de que la Corte señala que en Chile no existe un marco jurídico específico sobre regulación de la Red, el tribunal se pronuncia sobre ciertos deberes que debe adoptar el proveedor de servicio recurrido, deberes que, debido a su carácter general, podrían ser exigibles a cualquier proveedor de servicio. La sentencia señala que “ENTEL S.A en su calidad de proveedor de acceso y de alojamiento deberá adoptar todas las medidas técnicas y tácticas que sean necesarias –que no signifiquen censura- para que en lo sucesivo la empresa “Grupoweb”, en su calidad de proveedor de contenido, se abstenga de publicar avisos que en el país, de conformidad con el ordenamiento jurídico vigente, sean contrarios a la Ley, el orden público o a la moral o a las buenas costumbres (...)”²¹⁹.

²¹⁸ SCHUSTER Vergara, Santiago. Responsabilidad Legal en las Redes Digitales y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea, El Derecho de Autor ante los Desafíos de un Mundo Cambiante. Congreso Internacional sobre Propiedad Intelectual, Universidad de Margarita, 2004, p. 638.

²¹⁹ Rol N° 243-99. Corte de Apelaciones de Concepción, de fecha 6 de diciembre de 1999

iv. **Iniciativas para restringir la responsabilidad de los proveedores de Servicio.**

A pesar de la responsabilidad que puede generar la actuación de los proveedores de servicio en el ámbito digital, existen ciertas iniciativas que tienen por objeto limitar dicha responsabilidad en la medida que dichos sujetos cumplan con ciertas condiciones. Las regulaciones que se analizarán a continuación son un reflejo de la disyuntiva que existe entre la posible responsabilidad que puede tener el prestador de servicios por una infracción al derecho de autor, versus la libertad que se debe respetar en el ejercicio de sus función dentro de la Red.

• **Digital Millenium Copyright Act.**

Una de las regulaciones que han enfrentado el problema de los proveedores de servicio, es la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998, dictada por Estados Unidos y la Directiva Europea de Comercio Electrónico de 1998.

En relación con la regulación de la Directiva Europea es interesante resaltar las hipótesis que establece sobre la exención de responsabilidad de los proveedores de servicio. Así, en términos generales, la Directiva establece que no existirá responsabilidad de los prestadores de servicio en los siguientes casos:

- No haya originado el mismo la transmisión.
- No seleccione al destinatario de la transmisión.
- No seleccione ni modifique los datos transmitidos²²⁰.

• **Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos.**

El Tratado de Libre Comercio de Chile con Estados Unidos también contempla una serie de limitaciones a la responsabilidad de los proveedores de servicio por infracciones a

²²⁰ ANTEQUERA, Ricardo, op cit, p. 126.

los derechos de autor²²¹. Estas limitaciones mantienen cierta concordancia con la regulación desarrollada por la Directiva Europea. Así, en la sección 17.11.23 del TLC, se establece que para someter la actuación de los proveedores de servicio a los beneficios establecidos en su regulación (excluir reparación pecuniaria), es necesario que estos no controlen, inicien o dirijan las infracciones y que éstas ocurran a través de sistemas o redes controladas por ellos o en su representación.

Los actos enumerados en el TLC, que conllevan las ya nombradas limitaciones son:

- transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para el material sin modificar su contenido;
- almacenamiento temporal (caching) llevado a cabo mediante un proceso automático;
- almacenamiento a petición de un usuario de material que se aloja en un sistema o red controlada u operada por o para el proveedor, incluidos correos electrónicos y sus archivos adjuntos almacenados en el servidor del proveedor, y páginas web alojadas en el servidor del proveedor; y
- referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos hipervínculos y directorios.

Todos estos actos debieron ser realizados sin que el proveedor iniciase la transmisión, o seleccionare el material o sus destinatarios.

- **Proyecto de ley nacional que modifica la ley de propiedad intelectual.**

La ya citada iniciativa presidencial presentada al Congreso Nacional el 23 de abril del 2007 pretende regular, por primera vez en Chile, límites a la responsabilidad de los

²²¹ SCHMITZ Vaccaro, Christian, op cit, p. 216.

proveedores de servicio²²². A continuación se transcribirá aquella parte del proyecto de ley que trata la limitación de la responsabilidad de los proveedores de servicio. Es necesario tener en consideración que esta propuesta diferencia tres tipos de proveedores de servicio.

- los prestadores de servicios de transmisión de datos, enrutamiento o suministro de conexiones: no serán considerados responsables de los datos transmitidos a condición que el prestador:
 - a) No modifique ni seleccione el contenido de la transmisión. Para estos efectos no se considerará modificación del contenido, la manipulación tecnológica del material necesaria para facilitar la transmisión a través de la red, como la división de paquetes;
 - b) No inicie el mismo la transmisión; y,
 - c) No seleccione a los destinatarios de la información.

Esta limitación de responsabilidad comprende el almacenamiento automático o copia automática, provisional y temporal de los datos transmitidos, técnicamente necesarios para ejecutar la transmisión, siempre que este almacenamiento o copia automática no esté accesible al público en general y no se mantenga almacenado por más tiempo del razonablemente necesario para realizar la comunicación.

- Los prestadores de servicios de almacenamiento de datos de carácter temporal que se lleve a cabo mediante un proceso de almacenamiento automático, no serán considerados responsables de los datos almacenados a condición que el prestador:

²²² Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley n° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 abril del 2007, n° boletín 5012-03.

- a) Respete las condiciones de acceso de usuarios y las reglas relativas a la actualización del material almacenado establecidas por el proveedor del sitio de origen, salvo que dichas reglas sean usadas por éste para prevenir o dificultar injustificadamente el almacenamiento temporal a que se refiere este artículo;
 - b) No interfiera con la tecnología legal, compatible y estandarizada utilizada en el sitio de origen para obtener información sobre el uso en línea del material almacenado, cuando la utilización de dichas tecnologías se realice de conformidad con la ley y sean compatibles con estándares de la industria ampliamente aceptados que señalará el Reglamento;
 - c) No modifique su contenido en la transmisión a otros usuarios; y
 - d) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso a material almacenado que haya sido retirado o al que se haya inhabilitado el acceso en su sitio de origen, cuando reciba una notificación de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 85 R.
- Los prestadores de servicios que a petición de un usuario almacenan, por sí o por intermedio de terceros, datos en su red o sistema, o que efectúan servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información, incluidos los hipervínculos y directorios, no serán considerados responsables de los datos almacenados o referidos a condición que el prestador:
 - a) No tenga conocimiento efectivo del carácter ilícito de los datos;
 - b) No reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, en los casos en que tenga el derecho y la capacidad para controlar dicha actividad;

- c) Designe públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales a que se refiere el inciso final, de la forma que determine el Reglamento; y,
- d) Retire o inhabilite en forma expedita el acceso al material almacenado de conformidad a lo dispuesto en el inciso siguiente.

Se entenderá que el prestador de servicios tiene un conocimiento efectivo cuando un Tribunal de Justicia competente, conforme al procedimiento establecido en el artículo 85 R, haya ordenado el retiro de los datos o el bloqueo del acceso a ellos y el prestador de servicios, estando notificado legalmente de dicha resolución, no cumpla de manera expedita con ella.

Para gozar de las limitaciones de responsabilidad establecidas en los artículos precedentes, los prestadores de servicios, además, deberán:

- a) Haber adoptado una política que establezca de forma general las condiciones de término de contrato de aquellos usuarios que sean sancionados como infractores reincidentes, debiéndose encontrar a disposición de los usuarios en su sistema o red;
- b) No interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas aprobadas de conformidad al procedimiento que establecerá el Reglamento. En la aprobación de estas medidas se tendrá especial cuidado para evitar imponer costos significativos a los prestadores de servicios y cargas significativas a sus sistemas o redes; y
- c) No haber iniciado la transmisión, ni haber seleccionado el material o a sus destinatarios. Se exceptúa de esta obligación a los proveedores de servicios de búsqueda, vinculación y/o referencia a un sitio en línea mediante herramientas de búsqueda de información.

Esta regulación sobre los límites a la responsabilidad de los proveedores de servicio acoge los criterios generales desarrollados por el Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos y la *Digital Millenium Copyright Act* de 1998. Las actividades principales en las que se basa esta regulación es la transmisión de datos, almacenamiento automático y almacenamiento a petición de usuarios.

Lo interesante de esta regulación es que agrega nuevos elementos que refuerzan las exigencias a las que deben someterse los prestadores de servicio para no incurrir en responsabilidad. Por ejemplo, señala que el prestador de servicios debe designar públicamente un representante para recibir las notificaciones judiciales y no debe interferir en las medidas tecnológicas de protección y de gestión de derechos de obras protegidas. En definitiva, esto es una manifestación de una genuina intención de lograr una compatibilidad entre las múltiples actividades que se pueden realizar en la Red, y la protección a los titulares del derecho de autor que recae sobre la obras que son objeto de dicha actividad.

C. Los Usuarios de las Redes Digitales.

i. Noción General.

Estos son los sujetos que representan a los destinatarios de la información a la que se accede a través de los intermediarios técnicos. Es posible distinguir entre el receptor único, en los casos que sea una sola persona la destinataria del contenido. Un ejemplo de lo anterior sería la utilización del correo electrónico. Por otro lado, se identifica a los receptores masivos, en los casos que el contenido sea difundido hacia un número indeterminado de personas. Por ejemplo, en los casos que obras son expuestas en un sitio web²²³.

En éste trabajo se ha consagrado una distinción entre el receptor único y el masivo, estableciendo que en relación con el primero, no es posible aspirar a una fiscalización,

²²³ MARÍN Peidro, Lucía, op cit, p. 61-62.

debido a la preeminencia del derecho a la privacidad, lo que exige en definitiva que la atención esté centrada principalmente hacia el receptor masivo. Esta conclusión tiene por apoyo la preeminencia del interés que existe en torno a la libertad de expresión y el derecho de la privacidad frente a la fiscalización que se puede desarrollar en el medio de comunicación digital.

En relación con la posible responsabilidad en la que pueden incurrir los usuarios, Lucía Marín Peidro señala que el principal acto que realizan los usuarios ocasionando perjuicios a los titulares de los derechos de autor es utilizar de la Red, como fuente prácticamente gratuita, las obras que se encuentran protegidas²²⁴.

ii. **Dificultades para hacer efectiva la responsabilidad de los Usuarios.**

A pesar de que Ricardo Antequera ha dicho que es evidente que los usuarios pueden cometer ilícitos en relación con el derecho de autor en el ámbito digital, la pretensión de lograr que se les haga responsable de los daños ocasionados se enfrenta con determinadas dificultades. Por un lado, existe un problema relacionado con la detección y persecución del sujeto. Este problema se debe principalmente al gran margen de anonimato presente en la Red. Por otro lado, y relacionado con lo anterior, Antequera establece que en la mayoría de los casos es más costoso detectar al usuario, que el daño resarcible en si mismo²²⁵.

Así, se concluye que la responsabilidad debe estar enfocada principalmente a los proveedores de contenido, que a los usuarios, debido a todos los beneficios que estos sujetos presentan, los que fueron estudiados con anterioridad.

Junto a las dificultades propias de hacer responsable a los usuarios de la Red, se debe analizar una dificultad general aplicable también a los proveedores de servicio y de contenido: criterios para determinar el valor de la indemnización de perjuicios.

²²⁴ MARÍN Peidro, Lucía, op cit, p. 101.

²²⁵ ANTEQUERA, Ricardo, op cit, p. 42.

Como se planteó con anterioridad, el TLC establece un criterio para determinar el valor de la indemnización de perjuicios en el ámbito del derecho de autor, criterio que fue incorporado en el proyecto de ley que actualmente se tramita en el Congreso. Éste consiste en las autoridades judiciales deben considerar entre otros, el valor legítimo de la venta al detalle de las mercancías infringidas para determinar el daño al titular del derecho de autor.

Este problema adquiere énfasis si se toma en consideración que Chile no se caracteriza por ser un país que esté a la vanguardia de la regulación digital, lo cual produce graves problemas justamente en relación con el comercio que existe en la Red.

Por otro lado, dentro de la sociedad chilena todavía no existe suficiente conciencia de que la utilización digital sin autorización de obras protegidas por el derecho de autor, representa un nivel equivalente de perjuicio que puede afectar al autor dentro de un ámbito tangible. Incluso el perjuicio dentro del ámbito digital puede llegar a tener connotaciones mayores que el tangible, debido al gran nivel de masificación que implica la utilización de éste medio. Tan grave puede ser el daño ocasionado al titular del derecho de autor, que en la ya citada sentencia Napster²²⁶, el tribunal concluyó que “Napster daña al mercado al menos de los formas: reduce las ventas de CD audio entre los usuarios estudiados y crea barreras para la entrada de los demandantes en el mercado para la descarga de música digital”.

Por lo dicho con anterioridad, tanto los criterios planteados por el TLC, como el presentado por el ejecutivo ante el Congreso, serán posibles de aplicar sólo en la medida que en Chile se consolide la conciencia del mercado electrónico, con lo que se logrará establecer el valor legítimo de la venta de la mercancía infringida.

iii. Iniciativas para hacer responsables a los Usuarios.

²²⁶ Sentencia Napster “A&M RECORDS CON NAPSTER” (00-16401) (Apelación del tribunal del Distrito del área del norte de California, 12 de febrero de 2001), p 3.

A pesar de que la responsabilidad de los usuarios es analizada en forma particular en los estudios sobre responsabilidad civil extracontractual, las enormes dificultades que existen para hacer efectiva su responsabilidad han logrado en definitiva que no exista jurisprudencia ni iniciativas legales para regular esta dificultad.

CAPÍTULO VII. CONCLUSIÓN.

Sobre la base de todo lo que se ha expuesto en el trabajo es posible concluir que la Ley de Propiedad Intelectual si bien no cuenta con una extensa regulación que le de un carácter especial a la responsabilidad civil extracontractual, diferenciándola en determinados aspectos a la regulación consagrada en el Código Civil, su aplicación ha desarrollado varias discusiones doctrinales que permiten desarrollar en forma particular, las características de esta área.

- Así, en primer lugar es necesario tener en consideración la responsabilidad civil extracontractual sobre el derecho de autor, se basa no solo en la protección de derechos subjetivos consagrados en la legislación, sino que esta también abarca los intereses que no se encuentran regulados expresamente. La identificación de estos intereses se debe desarrollar sobre la base de los criterios que caracterizan el desarrollo del derecho de autor desde la perspectiva de la tradición continental. Es posible afirmar que el principal de estos criterios, debe ser la orientación que mantiene la corriente originada en Francia, que tiende a privilegiar al autor de la obra artística, frente al desarrollo cultural de la sociedad. Por su puesto que lo anterior, siempre se debe reflejar desde la perspectiva del equilibrio entre los intereses que concurren en el derecho de autor.
- En relación con los elementos que deben concurrir en el proceso que pretende establecer dicha responsabilidad civil extracontractual, es necesario considerar que en la ley de propiedad intelectual no existe ninguna referencia en particular a la noción de acción, por lo que es necesario aplicar las nociones generales que la doctrina ha desarrollado sobre el tema. Esto a diferencia de la omisión, sobre la cual el artículo 19 LPI establece en forma expresa un caso en que existe el deber de actuar de determinada forma, por lo cual, en el caso que éste acto no se realice, existirá certeza en relación con la posible constatación de una omisión que puede generar responsabilidad. Este deber

consiste en la obligación de solicitar autorización del titular del derecho de autor, en el caso que se pretenda utilizar una obra artística del dominio privado.

En relación con la capacidad, la ley de propiedad intelectual no contiene ninguna norma que establezca una regulación especial en relación con el elemento de la capacidad. Como consecuencia de lo anterior, se deben aplicar las reglas generales que regula el Código Civil.

Sobre el elemento de la culpa, la postura que se adopta en este trabajo es afirmar que la ley de propiedad intelectual contiene una regla de carácter especial en comparación al Derecho Civil. La regla especial corresponde a la culpa infraccional. Esta conclusión se fundamenta en el artículo 19 de la ley de propiedad intelectual, doctrina, documentos de la Organización Mundial sobre Propiedad Intelectual y jurisprudencia nacional y comparada.

La noción de daño desarrollada doctrinariamente para una aplicación general tiene plena aplicación en el ámbito de la propiedad intelectual.

Finalmente, en relación con la causalidad, como ya se dijo con anterioridad, si se considera que el desarrollo del elemento de la causalidad se ha desarrollado principalmente desde la doctrina, con referencia al artículo 2.329 CC, sólo es posible concluir que la noción y discusión doctrinaria que se mantiene en la doctrina sobre el elemento de la causalidad, es plenamente reconducible a los casos de responsabilidad civil extracontractual sobre derecho de autor.

- En relación con las consideraciones especiales sobre el régimen de responsabilidad extracontractual, se analizaron dos temas que tienen enorme relevancia.

En primer lugar, se desarrolló un análisis compuesto por varias problemáticas que fueron posibles de identificar en relación con la aplicación de la responsabilidad extracontractual por perjuicios que afecten a los derechos patrimoniales.

En el trabajo se demostró que los perjuicios que afectan a los derechos patrimoniales, en general son indemnizados desde la lógica del daño patrimonial. Esto se debe a la connotación económica que es posible constatar en el perjuicio producido. Lo anterior produce como consecuencia, que se deba identificar tanto el daño emergente como el lucro cesante, con el objeto de determinar el monto del daño.

En relación con el daño emergente, citando a Enrique Barros se explicó que el derecho de autor presenta la particularidad de que la obra no pierde valor intrínseco por su abusiva utilización por un tercero, lo cual produce como consecuencia la dificultad de constatar cual es el perjuicio efectivamente causado en la obra.

También existe dificultad para aplicar la noción doctrinaria de lucro cesante a los casos de perjuicios que afecten a un derecho patrimonial. La razón de lo anterior consiste en que la fórmula que la doctrina ha desarrollado para determinar el monto de la ganancia esperada, se basa en un juicio de probabilidad, que tiene como criterio básico una sucesión causal normal y previsible, aplicando estándares ordinariamente aceptados en el medio respectivo. El derecho de autor se caracteriza por la falta de certeza que existe en relación al curso económico que puede desarrollar una obra, por lo que el grado de incertidumbre que es propio de cualquier análisis de previsibilidad, se incrementa al tratar de ser aplicado en la propiedad intelectual.

Luego se desarrolló un análisis particular sobre el artículo 82 LPI, el cual describe una serie de actividades que se pueden realizar en el caso que el tribunal haga efectiva la indemnización de perjuicios. En esta parte del trabajo se critica una afirmación del profesor Jorge Mahú, el cual declara que no existiría propósito en la regla del artículo 82 LPI, si los dineros recaudados al realizar los actos descritos en dicho artículo, no fuesen destinados al pago de los perjuicios causados al titular respectivo. En el trabajo se mantiene la posición que afirma que la hipótesis planteada por Mahú, no es la única posible. Se plantea que las indemnizaciones tienen por principal función satisfacer justicia correctiva en el perjudicado, pero que frente a la infracción de un derecho patrimonial, las normas sobre responsabilidad civil extracontractual no son suficientes para satisfacer el objeto de protección. En efecto, el artículo 82 LPI establece una forma de protección que permite que

el titular impedir que los victimarios mantengan en su poder, los objetos en los que se ha materializado la conducta dañosa y que fueron utilizados ilegalmente.

En segundo lugar, se realizó un análisis sobre los problemas que se detectan al determinar responsabilidad por perjuicios que afecten a derechos morales.

Se demostró la similitud que mantienen los derechos morales con los derechos de la personalidad. Esta relación tiene consecuencias en los criterios que se utilizaran para determinar el monto de la indemnización. Ambas regulaciones están expuestas a perjuicios que pueden tener connotaciones económicas, como de otra especie. En los casos que las connotaciones sean económicas se deberán aplicar las normas sobre daño patrimonial. En los casos que el daño no sea económico se deberá aplicar la lógica del daño moral, el cual ha sido caracterizado principalmente como *Pretium Doloris*.

En el caso particular del daño que afecta al derecho moral sin connotación económica, se ha dicho que la principal dificultad que se presenta es superar la subjetividad propia de estos casos, la cual no debe ser lo suficientemente considerada como para poner en duda la determinación del daño moral y su función. Finalmente se destacó el criterio desarrollado por la legislación española para determinar el daño moral en el derecho de autor. Esta establece que la determinación debe atender a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

- En relación con el análisis del contenido del TLC con Estados Unidos, primero se resaltó el ámbito de aplicación de dicha regulación. Se reconoció el carácter comercial de dicha negociación, lo cual produce consecuencias al momento de interpretar la regulación. Así, su contenido sólo puede ser aplicable sobre normas de carácter comercial. También se afirmó que esta regulación no puede ser interpretada como una alteración de la tradición que inspira la normativa chilena, ya que el mismo texto aclara en la introducción general del TLC, que Chile y Estados Unidos han decidido “estimular la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derecho de propiedad intelectual”. Lo anterior es de enorme relevancia, ya que demuestra que por

el hecho que, por ejemplo no se regulen los derechos morales en el TLC, estos no van a verse afectados en su aplicación local.

En relación con el establecimiento de predeterminación de los montos, en el trabajo se establece que esta sólo rige al ámbito patrimonial de los derechos de autor. El principal argumento que se expone para afirmar lo anterior, es que el TLC consagra que la predeterminación de los montos debe ser conforme a lo que las autoridades estimen razonables a la luz de la finalidad del sistema de propiedad intelectual. También se establece que la delimitación también debe ser acorde con los objetivos enunciados en el Capítulo 17 del TLC sobre Derechos de Propiedad Intelectual. Todo lo anterior, permite reducir el ámbito de aplicación de esta nueva regulación a los derechos patrimoniales, por lo que la indemnización de los derechos morales se podrá establecer sobre la base de las normas comunes que fueron analizadas con anterioridad. El único obstáculo que enfrenta esta propuesta es el proyecto de ley que actualmente se está tramitando en Congreso Nacional y que regula una indemnización predeterminada, haciendo expresa mención que su valor es equivalente al daño moral y patrimonial que pudiere afectar al titular del derecho de autor.

Otro punto interesante a analizar fue el hecho que el TLC estableciera criterios que los países contratantes deben adoptar para establecer la indemnización predeterminada. En el capítulo 17, artículo 17.11 N° 8 letra b del TLC, se establece que “al determinar el daño al titular del derecho, las autoridades judiciales considerarán, entre otros, el valor legítimo de la venta al detalle de las mercancías infringidas”.

Lo relevante de esa regulación es que se va a tener que analizar su compatibilidad con el criterio que se ha impuesto en la actualidad por la práctica desarrollada en la Sociedad Chilena del Derecho de Autor. Así, habrá que determinar si el criterio establecido en el TLC, produce en su aplicación, consecuencias muy diferentes a las sumas que demandaba la SCD, demandas que solicitaban por indemnización el monto de las tarifas legales que cobra dicha organización.

Junto con lo anterior, se analizó la compatibilidad que existe entre el criterio establecido en el TLC, con la propuesta desarrollada por el ejecutivo en base a un proyecto de ley que modifica la Ley N° 17.336 Sobre Propiedad Intelectual. Este proyecto establece dos sistemas. Por un lado, señala que un sistema de indemnización predeterminada, conforme a la cual el titular de un derecho podrá, a su elección, solicitar una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una suma única compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser menor a 4 unidades tributarias mensuales ni mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción. Por otro lado, el proyecto de ley indica que en lo que respecta al cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, el perjudicado podrá optar entre la remuneración que el infractor hubiera debido pagar al titular del derecho por el otorgamiento de una licencia o las utilidades que dejó de percibir como consecuencia de la infracción. Adicionalmente, el Tribunal podrá condenar al infractor a pagar las ganancias que haya obtenido siempre que sean atribuibles a la infracción y no hayan sido consideradas al calcular los perjuicios. Para la determinación del perjuicio patrimonial, se considerará, entre otros factores, el valor legítimo de venta al detalle de los bienes infringidos. En tanto, respecto de la determinación del daño moral, el tribunal considerará las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado objetivo de difusión ilícita de la obra.

- En último lugar, el análisis que se desarrolló sobre las reglas de responsabilidad extracontractual en el ámbito digital, se focalizó en dos temas que hoy en día son de enorme importancia en el ámbito del derecho de autor.

En primer lugar, se expusieron diferentes corrientes que mantienen variadas posturas en relación con la forma en que se debe enfrentar el actual uso de las obras artísticas, dentro del ámbito digital.

En segundo lugar, se analizó la postura sobre la Evolución del Derecho de Autor como Solución, la cual constata la total vigencia de los principios que confirman la regulación del derecho de autor, dentro del ámbito digital. A pesar de lo anterior, reconocen la necesidad de reformar la legislación para adecuarla a las exigencias de la Red. Esta es

la postura que adopta el trabajo, ya que es la que única que da una respuesta satisfactoria frente a la problemática del ámbito digital y su relación con el derecho de autor. En el trabajo se propone que uno de los elementos que se deberían reconsiderar en su aplicación en la Red, es la noción de “copia”. Este elemento ha sido fundamental para desarrollar la regulación sobre el derecho de autor, pero su aplicación en el ámbito digital, puede distorsionar el ámbito de aplicación de la Ley N° 17.336.

Posteriormente, desarrolló un ejercicio, en el que se analizaron las repercusiones que tendrían cada una de las posturas doctrinarias establecidas, en la actual regulación chilena sobre derecho de autor.

Un segundo elemento que fue analizado en el capítulo sobre las reglas de responsabilidad civil extracontractual en el ámbito digital, corresponde a las repercusiones que tiene la Red en relación con los responsables por actos ilícitos, que se constaten en la misma.

Se analizó la responsabilidad de los proveedores de contenido. Los que afirman su responsabilidad, basan su postura en el hecho que estos individuos son los que seleccionan y almacenan los contenidos artísticos que posteriormente serán puestos a disposición del público. El problema que surge la hacerlos responsables, radica en la dificultad que existe para identificar a las personas que proveen el contenido. También existen problemas de carácter económico, ya que en general, existe una carencia de solvencia económica de parte de los proveedores de contenido, la que perjudica la pretensión que en general mantienen los afectados de obtener una indemnización por causa de los daños sufridos. Por otro lado, es posible que estos sujetos se ubiquen en territorios en los cuales no existe protección legal a las obras en cuestión. Junto con este desarrollo, se analizó una sentencia española que pronuncia sobre este tipo de responsabilidad.

Luego se analizó la responsabilidad de los proveedores de servicios. Las razones que permiten hacer objeto de responsabilidad a estos sujetos, son principalmente que a través de estos se logra superar los conflictos que fueron planteados sobre los

proveedores de contenido. Existe facilidad de identificación de sus actividades en la Red, son fáciles de localizar, ya que es posible acudir a sus establecimientos principales y tienen recursos económicos lo cual es de gran importancia, debido al interés de que existe en el afectado de obtener una suma de dinero que represente la indemnización por los perjuicios sufridos. Los problemas que se constatan si se pretende hacerlos responsables de los daños causados, radican en que es posible que se encuentran en un territorio que no otorgue protección a las obras. Por otro lado, se dice que estos sujetos son meros transportistas de información, por lo que no se encuentran involucrados con la selección de los contenidos de la Red y que por lo mismo, si se les hiciera responsables en relación con la información que prestan, se verían obligados a incrementar los costos de los servicios, debido a la necesidad de contratar seguros y asesorías legales, lo que perjudicaría directamente al ámbito digital.

Posteriormente, se analizaron sentencias nacionales y comparadas que se manifiestan sobre la responsabilidad de los proveedores de servicio y que expusieron regulaciones que limitan la responsabilidad de estos sujetos. Dentro de esas regulaciones se analizó el proyecto de ley que actualmente se está tramitando en el Congreso Nacional y que describe múltiples excepciones a la eventual responsabilidad que pudiesen tener los proveedores de servicios por la actividad que realizan en la Red.

Finalmente, se analizó la responsabilidad de los usuarios en el ámbito digital. Se dijo que a pesar de que es evidente que los usuarios pueden cometer ilícitos en relación con el derecho de autor en el ámbito digital, la pretensión de lograr que se les haga responsable de los daños ocasionados se enfrenta con determinadas dificultades. Por un lado, existe un problema relacionado con la detección y persecución del sujeto. Este problema se debe principalmente al gran margen de anonimato presente en la Red. Por otro lado, y relacionado con lo anterior, en la mayoría de los casos es más costoso detectar al usuario, que el daño resarcible en si mismos.

BIBLIOGRAFÍA

- **LIBROS.**

1. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno. Santiago-Chile, Editorial Editores Ltda, 1983, 2 v.
2. BARROS Bourie, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual, Santiago-Chile, Editorial Jurídica, 2006. 1230p.
3. CLARO SOLAR, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Derecho Comparado, Santiago-Chile, Editorial Jurídica, 1979, v.1.
4. COLOMBET, Claude. Grandes Principios del Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Mundo, Estudio de Derecho Comparado. 3ª ed. Madrid-España, Editorial Unesco/CINDOC, 1992. 230p.
5. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Derecho y Economía. México, D.F., Fondo de Cultura Económica, 1998. 686p.
6. DE MIGUEL Asensio, Pedro Alberto. Derecho Privado de Internet. Madrid-España, Editorial Tecnos, 2002. 583p.
7. DELGADO Porras, Antonio. Panorámica de la Protección Civil y Penal en Materia de Propiedad Intelectual. Madrid-España. Editorial Civitas S.A, 1988. 135p.
8. DIEZ-PICAZO, Luis. Derecho de Daños. Madrid-España. Editorial Civitas, 2000. 367 p.

9. DIEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho Civil. 8ª ed. Madrid-España, Editorial Tecnos, 2000. 577p.
10. DIEZ Schwerter, José Luis. El Daño Extracontractual Jurisprudencia y Doctrina. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1997. 291p.
11. DUCCI Claro, Carlos. Responsabilidad Civil, Actividades Peligrosas-Hechos de las Cosas-Circulación de Vehículos. Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1971. 136p.
12. DUCCI Claro, Carlos. Derecho Civil Parte General, Santiago-Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1995. 423p.
13. ESPÍN Cánovas, Diego. Las Facultades del Derecho Moral de los Autores y Artistas. Madrid-España, Editorial Civitas S.A, 1991. 169p.
14. ERDOZAIN, José Carlos. Derecho de Autor y Propiedad Intelectual en Internet. Madrid-España, Editorial Tecnos, 2002. 209p.
15. FERNÁNDEZ Delpech, Horacio. Internet: Su Problemática Jurídica, Buenos Aires-Argentina, Editorial Lexis Nexos, 2004. 571p.
16. GARROTE Fernández-Díez, Ignacio. Derecho de Autor en Internet, La Directiva sobre Derecho de Autor y Derechos Afines en la Sociedad de la Información. Granada-España. Editorial Comares, 2001. 647p.
17. LIPSZYC, Delia. Derecho de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires-Argentina. Editorial UNESCO/ CERLALC/ ZAVALIA, 1993. 993p.
18. LESSIG Lawrence. Cultura Libre. Como los Grandes Medios Usan la Tecnología y las Leyes para Encerrar la Cultura y Controlar la Creatividad. Santiago-Chile, Editorial Lom,. 2005, 265p.

19. MARÍN Peidro, Lucía. Los Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet, Madrid-España, Fundación Retevisión, 2000. 181p.
20. MOSSET Iturraspe, Jorge. Responsabilidad por Daños Parte General, Buenos Aires-Argentina. Rubinzal-Culzoni Editores, 1998, 3 v.
21. RODRÍGUEZ, Pablo. Responsabilidad Extracontractual. Santiago-Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1999. 505p.
22. ROSSO Elorriaga, Gian Franco. El Buen Padre de Familia como Criterio de Apreciación de la Culpa y su Aplicación a la Responsabilidad Civil Cuasidelictual. En: Court Murasso, Eduardo; De la Fuente Huland, Felipe; Elorriaga de Bonis, Fabián; López Santa María, Jorge; Martínez Estay, José Ignacio; Rosso Elorriaga, Gian Franco. Derecho de Daños. Santiago-Chile. Editorial Lexis Nexis, Cono Sur, 2002, pp 230.
23. ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Madrid-España, Editorial Civitas, 1997, v. 1.
24. SANCHIS Martínez, María Trinidad. Derechos de Autor, Digitalización e Internet. Madrid-España, Editorial Universitas S.A, 2004. 163p.
25. SCHMITZ Vaccaro, Christian. Propiedad Intelectual a la Luz de los Tratados de Libre Comercio, Santiago-Chile, Editorial Lexis Nexis, 2005.
26. SCHOPF Olea, Adrián; GARCÍA Machmar, William. La Responsabilidad Extracontractual en la Jurisprudencial, Santiago-Chile, Editorial Lexis Nexos, 2007, 678p.
27. VEGA Vega, José Antonio. Protección de la Propiedad Intelectual. Madrid-España. Editorial Reus S.A, 2002. 479p.

28. VEGA Vega, Antonio. Nuevas Tecnologías y la Protección de la Propiedad Intelectual. P 186. En: Castro Castro, Carlos; Castán Pérez-Gómez, Antonio; de Oliveira Ascensao José; de Sá e Melo, Alberto; Encabo Vera, Miguel Angel; Gómez Segade, José Antonio; Pérez de Castro, Nazareth; Vattier Fuenzalida, Carlos; Vega Vega, Antonio; Villarejo, Antonio Martín. Nuevas Tecnologías y Propiedad Intelectual, Editorial Reus. Madrid 1999. 247p.
29. VIÑAMATA Paschkes, Carlos. La Propiedad Intelectual. México. Editorial Trilla, 1998. 360p.
30. VODANOVIC H, Antonio. Manual de Derecho Civil. Parte Preliminar y General, Santiago-Chile. Editorial Jurídica ConoSur Ltda, 2001. 402p.
31. ZANNONI, Eduardo A. El Daño en la Responsabilidad Civil. Buenos Aires-Argentina. Editorial Astreo, 1993, 471p.
- **MEMORIAS UNIVERSITARIAS.**
32. GPOMEZ Nader, Jorge Luis. La Responsabilidad Extracontractual en los Accidentes de Tránsito. Memoria de Prueba para Optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Concepción, 2005. 772p.
- **ARTÍCULOS DE REVISTAS.**
33. DOMINGUEZ Hidalgo, Carmen. La indemnización por daño moral. Modernas tendencias en el derecho civil chileno y comparado. Revista Chilena de Derecho, 25(1): 27-55, 1998.
34. SCHUSTER Vergara, Santiago. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Chile, sobre Responsabilidad de Proveedores de Servicios en Internet, Anuario Andino de Derechos Intelectuales, Editorial Palestra, Lima, 2007.

35. YVON Ngombe Laurier. Derecho Natural, Derecho de Autor Francés y Copyright Norteamericano. Revue Internationale Du Droit D° Auteur (RIDA), N° 194, Octubre 2002.

• **INFORMES SOBRE DEBATES PARLAMENTARIOS.**

36. Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo recaído en el proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual, estableciendo un estatuto normativo especial respecto de los delitos de piratería y conexos con éste. Boletín N° 3461-03.

37. Informe de la Comisión Especial de La Cultura y las Artes sobre el Proyecto de Ley que Modifica la Legislación vigente sobre Propiedad Intelectual. Boletín N° 5012-03.

• **APUNTES DE CLASES.**

38. ANTEQUERA Parrilli, Ricardo. Propiedad Intelectual, Derechos de Autor y Derechos Conexos, texto sin mayor referencia publicado en la página de la OMPI.

39. BARROS Bourie, Enrique. Apuntes de clases de curso de Derecho de Obligaciones. Responsabilidad Extracontractual, año 2001.

40. DE FREITAS Straumann, Eduardo, XII Curso Académico Regional OMPI/SGAE Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos Para Países de América Latina, Santiago-Chile, Octubre, 2006.

41. SCHUSTERr, Santiago, Propiedad Intelectual en Internet. Responsabilidades Legales en las Redes Digitales. Apuntes de Clases, Santiago-Chile, 2003.

42. MAHÚ, Jorge. Ilícitos Civiles y Penales en Materia de Derecho de Autor. Medidas Cautelares. Apuntes de Clases. Santiago-Chile, 1999.

- **CONGRESOS O SIMPOSIOS.**

43. ANTEQUERA Parilli, Ricardo. El Fenómeno Digital y la Observancia de los Derechos de Autor. En; Derecho de autor, Un desafío para la creación y el desarrollo, Santiago-Chile, Ediciones Lom, 2004.
44. BARROS Bourie, Enrique y Letelier, Max. Responsabilidad Civil por Daños al Derecho de Propiedad Intelectual en el Derecho Chileno. En; VII Congreso Internacional sobre Protección de los Derechos Intelectuales (del autor, el artista y el productor), (1992, Santiago-Chile).
45. SCHUSTER Vergara, Santiago. Responsabilidad Legal en las Redes Digitales y Responsabilidad de los Prestadores de Servicios de Intermediación en Línea, El Derecho de Autor ante los Desafíos de un Mundo Cambiante. Congreso Internacional sobre Propiedad Intelectual, Universidad de Margarita, 2004.

- **PÁGINAS DE INTERNET.**

46. <http://www.juzgadomercantil.com/index.php/archives/309>, de fecha 10 de septiembre de 2007.
47. <http://www.ifrm-murcia.es/peral/uploads/Sentencia-SGAE.doc>, de fecha 10 de septiembre de 2007.
48. http://www.uria.com/esp/actualidad_juridica/n13/m11PI.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007.
49. <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/doctrina/civil/la-proteccion-de-los-datos-de-caracter-personal-en-las-telecomunicaciones-i>, de fecha 10 de septiembre de 2007.
50. <http://www.informatica-juridica.com/anexos/anexo689.asp>, de fecha 10 de septiembre de 2007, 10 de septiembre de 2007.

51. http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_USA/Studies/CAN_TLC_s.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007.
52. http://www.wipo.int/edocs/mdocs/lac/es/ompi_sgae_da_asu_05/ompi_sgae_da_asu_05_4.pdf, de fecha 10 de septiembre de 2007.
53. <http://www.aranzadi.es/index.php/informacion-juridica/jurisprudencia/civil/sentencia-num-tribunal-supremo-madrid-seccion-1-19-04-2007>, de fecha 10 de septiembre de 2007.
54. <http://www.onnet.es/10002010.htm>, de fecha 10 de septiembre de 2007.
- **TEXTOS LEGALES.**
55. Constitución Política de la República de Chile de 1980, Decreto Supremo de 2005..
56. Código Civil Chileno, Decreto N° 838, 2004.
57. Ley sobre Propiedad Intelectual Chilena, N° 17.336.
58. Texto Refundido de la Ley sobre Propiedad Intelectual Española, Decreto Real Legislativo 1/1996, 1996.
59. Digital Millenium Copyright Act, 1998.
60. La Comunicación Sobre Contenidos Ilícitos y Nocivos en Internet, de la Comisión Europea, 1996.
61. Mensaje de S.E la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que modifica la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, de fecha 23 abril del 2007, boletín n° 5012-03.

- **JURISPRUDENCIA NACIONAL.**

62. Sentencia de la Corte Suprema, 15.9.1999, RDJ, T. XCVI, sec. 1º., 158.
63. Sentencia Corte Suprema, de fecha 26 de marzo de 2007, Rol 86-2006.
64. Sentencia Corte Suprema, de fecha 15 de septiembre de 1999, RDJ, T. XCVI, sec. 1º, 158.
65. Sentencia Corte Suprema, de fecha 19 mayo de 1988, Recurso de Protección.
66. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol N° 243-99, de fecha 6 de diciembre de 1999.
67. Sentencia Corte de Apelaciones de Antofagasta, de fecha 26 de mayo de 2004, confirmada por la Corte Suprema, con fecha 26 septiembre de 2004, GJ 290,120.
68. Sentencia del 13º Juzgado Civil de Santiago, Rol 3300-96.
69. Sentencia del 8º Juzgado Civil de Santiago, de fecha 19 de julio 2000, Rol 2295-1998.
70. Sentencia del 2º Juzgado Civil de Ovalle, de fecha 22 de abril del 2005, Rol 403-04.

- **JURISPRUDENCIA COMPARADA**

71. Sentencia Juzgado de lo Mercantil de Murcia, de fecha 22 de enero 2007, España.
72. Sentencia Tribunal Supremo Madrid, de fecha 19 de abril de 2007. Recurso de Casación, España.
73. Sentencia del Juzgado de los Mercantil de Murcia, de fecha 8 de marzo del 2006, España.

- 74.** Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 16 de julio 2004, España.
- 75.** Sentencia Juzgado de lo Mercantil, de fecha 27 de septiembre 2005, España.
- 76.** Sentencia del Tribunal Constitucional 181/2000, España.
- 77.** Sentencia Napster “A&M RECORDS CON NAPSTER”, 00-16401, Apelación del tribunal del Distrito del área del norte de California, de fecha 12 de febrero de 2001, Estados Unidos.