



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Escuela de Graduados
Programa de Magíster en Derecho

**ACCESO A LA CULTURA Y
REGULACIÓN DE DERECHO DE AUTOR**
**Desde la perspectiva del Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos
y el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea**

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

TESISTA
Paula Jaramillo Gajardo
PROFESOR GUÍA
Alberto Cerda Silva

Santiago, Chile
2008

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN	IV
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL ACTUAL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR EN CHILE	6
1.1 Generalidades	6
1.2 Mecanismo General de Protección del Derecho de Autor	11
1.3 Efectividad de la Protección Legal	15
1.4 Hacia una Visión Equilibrada del Derecho de Autor	18
CAPÍTULO II	
EL ACCESO A LA CULTURA COMO DERECHO FUNDAMENTAL	22
2.1 Generalidades	22
2.2 Acceso a la Cultura: Concepto	24
2.3 Contenido y Características Principales del Derecho al Acceso a la Cultura	32
2.4 El Acceso a la Cultura como Derecho Fundamental	38
2.5 El Acceso a la Cultura como Complemento Necesario a una Equilibrada Protección del Derecho de Autor	52

CAPÍTULO III	
EL DERECHO DE AUTOR EN LOS ACUERDOS COMERCIALES	56
3.1 Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos	57
3.1.1 Breves Antecedentes de la Negociación	58
3.1.2 Contenidos	59
3.1.3 Técnicas Jurídicas Utilizadas	61
3.2 Acuerdo de Asociación Chile-Comunidad Europea	93
3.2.1 Breves Antecedentes de la Negociación	93
3.2.2 Contenidos	94
3.2.3 Técnicas Jurídicas Utilizadas	96
3.3 Tópicos Comunes a Ambos Acuerdos Comerciales	101
CAPÍTULO IV	
ADECUACIONES AL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO Y LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA A LA NUEVA REGULACIÓN	105
4.1. El Proceso Adecuatorio y sus Dificultades	105
4.2. Materias Afectadas por los Acuerdos Comerciales	126
4.3. Las Materias Modificadas y sus Efectos sobre el Acceso a la Cultura	132
4.4. Medidas Paliativas	140
CONCLUSIONES	144
BIBLIOGRAFÍA	155

RESUMEN

¿Cuál es el efecto que, eventualmente, podría producir sobre el acceso a la cultura en Chile, la nueva regulación de derecho de autor que surgirá como resultado de las modificaciones y ajustes que los compromisos internacionales adquiridos por él requieren? La respuesta a esta pregunta constituye el objetivo principal de la presente tesis, ello habida cuenta que una nueva normativa de derecho de autor verá la luz como resultado de las modificaciones y ajustes que requiere el cumplimiento de las obligaciones asumidas por nuestro país, tanto en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, como en el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, ambos analizados aquí.

La hipótesis de trabajo planteada postula que, dichas modificaciones, producirán efectos reales sobre el acceso a la cultura en nuestro país, los que se intentarán identificar. Ello hace necesario un análisis profundo del concepto de acceso a la cultura, tendiente a identificar su real naturaleza y contenido, así como también la relevancia de que pudiera verse afectado o no por las modificaciones legales enunciadas. Con esta finalidad se planteó el desarrollo de un trabajo de investigación, que concluyó con la confección de la presente tesis de postgrado, en la que nos hemos propuesto contrastar la hipótesis planteada con la realidad jurídica existente en nuestro país, utilizándose diversos métodos de investigación, con preponderancia del analítico e histórico, entre otros, que nos guiarán hacia las conclusiones plasmadas en el capítulo final.

INTRODUCCIÓN

La noción de “acceso a la cultura”, si bien no es de reciente aparición en el ordenamiento jurídico internacional, no ha sido objeto de un estudio detenido por parte de la doctrina especializada, sino hasta ahora. Aún cuando su utilización se ha hecho más común con el pasar de los años, su conceptualización y características siguen presentando grandes desafíos para quienes desean interiorizarse en la materia, por lo que cabe preguntarse ¿qué es el acceso a la cultura?, y aún más, ¿puede considerarse este acceso como un derecho fundamental?.

Cuando se le considera y clasifica como un derecho, lo cual podemos decir desde ya que suscita cierta polémica entre los entendidos, se lo vincula como uno económico, social o cultural, debido, principalmente, a su mención en tratados internacionales que regulan este orden de materias, como veremos más adelante en el capítulo respectivo. En el plano histórico, podemos decir que se trata de un derecho que ha sido relegado a un segundo plano, ya que otros de la misma naturaleza, pero respecto de los cuales se suscita menos controversia, tales como la educación, salud, etcétera, han tomado una posición de avanzada en la discusión jurídica, al menos hasta ahora.

A la hora de legislar acerca del régimen de derecho de autor, en distintos países y sistemas jurídicos del mundo, se han producido algunos desequilibrios o desbalances en dichas regulaciones, según se ha sostenido en distintos foros internacionales, los que pueden resumirse en una idea central: abundante normativa tendiente a brindar una mayor protección de los derechos de autor, que detentan tanto los propios creadores como los titulares de dichos derechos, y una menor regulación de derechos que digan relación con el acceso a la cultura, que estos mismos autores generan en beneficio de la población. Esta

situación incluso ha llegado a originar serios desequilibrios entre las distintas economías mundiales, debido al mayor impacto que los derechos de autor están teniendo en nuestros días en el desarrollo de las naciones, lo que ha llevado a incluir este tópico como un aspecto importante de negociación de los tratados internacionales.

En el desarrollo de esta investigación hemos podido determinar que, en parte, este desequilibrio regulatorio también se ha manifestado en el plano nacional, y que, producto de las modificaciones y ajustes que será necesario realizar para implementar los tratados suscritos con Estados Unidos y la Comunidad Europea (al momento de la suscripción, hoy Unión Europea), es probable que este desbalance incluso se acentúe en algunas materias. Esta ha sido una de las principales motivaciones para escoger el presente tema de investigación.

Precisamente, el objetivo general de la presente tesis es analizar cómo podría verse afectado el acceso a la cultura producto de la nueva regulación de derecho de autor que surgirá en atención a los compromisos internacionales recientemente asumidos por Chile en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Estados Unidos, y el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, cuyos estándares de protección, así como políticas de acceso cultural, se encuentran mucho más desarrolladas que en nuestro país.

Si bien constantemente Chile está dando inicio a nuevas negociaciones comerciales con otros países, en que el tema de la propiedad intelectual es relevado, tal como ha sucedido en el último tiempo con Japón, y como probablemente llegue a suceder con Australia (país con el cual se ha dado inicio a las tratativas en el año 2007), se han escogido los tratados antes mencionados, con los Estados Unidos y la Unión Europea, atendido el hecho de que, al inicio de la presente investigación, ellos ya se encontraban ratificados

por el Congreso de nuestro país y plenamente vigentes, hallándose en franco proceso de implementación a través de las transposición de sus acuerdos a la normativa interna. En tanto, las negociaciones con Japón han llegado a consolidar un texto para ser suscrito y presentado a ratificación interna sólo en el mes de Mayo de 2007, incluyendo todo un capítulo, el número 13, destinado a la regulación de materias de propiedad intelectual; mientras que las negociaciones de un Tratado de Libre Comercio con Australia se encuentran aún en la fase de acercamiento de las partes y determinación de las materias a regular, sin que a la fecha exista disponible un texto preliminar de acuerdo, en base al que efectuar algún posible análisis. Este criterio ha sido fundamental a la hora de seleccionar los tratados que serán analizados en la presente tesis, en relación al concepto de acceso a la cultura, acotando así el alcance de la misma.

Retomando el objetivo general, ya planteado, de él se desprenden una serie de objetivos específicos, los que, a su vez, dan lugar a cada uno de los respectivos capítulos. El primero de ellos (I) trata sobre el actual régimen de derecho de autor en Chile, y abarca desde los orígenes históricos de nuestro sistema legal en la materia, hasta su mecanismo de funcionamiento, con miras a determinar, más adelante, la eficacia de la protección de esta regulación y hacia donde debería apuntar ella en un futuro próximo.

Luego, en el segundo capítulo (II), abordamos el tema del acceso a la cultura como derecho fundamental. Para ello investigamos, en primer lugar, las circunstancias que dieron lugar al surgimiento del concepto, para luego adentrarnos en una aproximación a la definición del mismo, consultando a diversos autores relevantes en la materia. A continuación esbozamos las características principales del acceso a la cultura, y abordamos su eventual calificación en la categoría de derecho fundamental.

En un tercer capítulo (III), entramos de lleno en el análisis del derecho de autor en el marco de los acuerdos comerciales internacionales, comenzando por el Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos, y continuando con el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea. En ambos casos el análisis se ha estructurado en base la exposición breve de los antecedentes que dieron lugar a la negociación de ambos instrumentos, para luego identificar con claridad la sección o secciones de ellos que se refieren, en específico, a temas relativos a regulación de derechos de autor. A continuación se realiza un análisis pormenorizado de las materias tratadas en cada instrumento, y la regulación específica allí contenida, comenzando a esbozarse los temas relevantes que, en lo sucesivo, generarán las adecuaciones a nuestra regulación interna sobre derecho de autor, materia del capítulo siguiente.

Así, estas adecuaciones al régimen de derecho de autor en el ordenamiento jurídico interno y la problemática asociada a ello forman parte del cuarto capítulo (IV) de esta tesis. En él, primeramente, efectuamos una reseña de este proceso legal adecuatorio desde la suscripción de los tratados hasta nuestros días, para luego identificar las materias tratadas en los instrumentos internacionales en análisis que harán necesaria la adopción de ajustes normativos a nivel interno, así como sus efectos sobre el acceso a la cultura. Finalizamos esbozando algunas medidas paliativas ante algunos efectos negativos que pudieran llegar a producirse.

Desde ya debemos hacer presente que esta tesis está referida al acceso a la cultura y su relación con la regulación del derecho de autor, haciendo hincapié en medidas de acceso tales como las excepciones y limitaciones a dicho derecho de autor, el agotamiento del derecho, las licencias obligatorias y el dominio público, entre otras. Quedan fuera de este análisis otros instrumentos o herramientas de fomento al acceso tales como los fondos de fomento al libro, la música y las obras audiovisuales, entre otros, por exceder

los objetivos trazados para la presente investigación, cual es el análisis de la regulación del derecho de autor, como hemos señalado anteriormente.

Finalmente, resta agregar que la hipótesis de trabajo sostiene que las modificaciones señaladas efectivamente producirán un efecto sobre el acceso a la cultura, cuyas repercusiones son objeto de profundo análisis en esta tesis, las que se ven plasmadas en las conclusiones finales, y que pretenden constituir un aporte en el estudio de estas materias.

CAPÍTULO I

EL ACTUAL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR EN CHILE

1.1. Generalidades

El derecho de autor, concepto propio del derecho continental y de raigambre francesa, es el conjunto de normas y principios destinados a proteger, por el solo hecho de la creación, las obras que son producto del intelecto humano, incluyendo dentro de esta categoría las de carácter científico, artístico y literario.

Con este objetivo, se regulan una serie de derechos, tanto morales como patrimoniales, que la ley reconoce y concede a los autores, los que se caracterizan principalmente por ser exclusivos y excluyentes, además de encontrarse limitados a un plazo determinado en el caso de los patrimoniales.

Hoy en día, la protección que el ordenamiento jurídico brinda a esta clase de derechos ha adquirido cada vez mayor relevancia producto del auge del desarrollo científico y tecnológico, que facilitan la creación de bienes culturales. En la actualidad disponemos de los medios para que estos bienes puedan ser, rápida y económicamente, difundidos a través de las redes mundiales de información otorgando acceso a millones de personas en todas partes del planeta, actividad que, eventualmente, puede resultar en un perjuicio para quienes han destinado gran cantidad de horas y esfuerzo a crear, y cuyos derechos de autor, en caso de encontrarse vigentes, colisionan con el acceso masivo, y en ocasiones indiscriminado, que brindan las nuevas tecnologías.

Al remontarnos a la historia del derecho de autor en Chile, encontraremos que la primera norma sobre propiedad intelectual, en términos

amplios, en nuestro ordenamiento, fue introducida por el connotado jurista Mariano Egaña en la Constitución del año 1833, señalando que: “Todo autor o inventor tendrá la propiedad *exclusiva* de su descubrimiento, o producción por el tiempo que le concediere la *lei*; *i* si ésta *exijiere* su publicación, se dará al inventor la indemnización competente”.¹

Por su parte, la primera norma de rango legal referente al tema fue la *Ley sobre Propiedad Literaria y Artística*, que data del año 1834. Después de un período de cambios y modificaciones, en 1970, se promulgó la *Ley sobre Propiedad Intelectual N° 17.336*, la que fue publicada en el Diario Oficial el día 2 de Octubre de 1971. Con ella Chile quedó en posición de pasar a integrarse al sistema jurídico internacional de protección al derecho de autor, a través de la suscripción del Convenio de Berna, publicado en 1975; de la Convención que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), también en 1975; y del Convenio de Roma, en 1974, entre otros.

En 1985 se modificó por primera vez la Ley N° 17.336, con el objeto de establecer medidas de protección para los programas computacionales y de tomar providencias en contra de la piratería. En 1992 se modifica nuevamente, estableciéndose en Chile la gestión colectiva de derechos, que dio origen, ese mismo año, a la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD). Con los años se han introducido nuevas modificaciones, como veremos más adelante, todas las cuales han contribuido a acentuar el carácter universal del derecho de autor.

En la actualidad, el marco regulatorio del derecho de autor en Chile está constituido, en primer lugar, por lo que señala la Constitución Política de la República de 1980, en su artículo 19 N° 25, que otorga protección al autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas, reconociéndole derechos de índole patrimonial y moral en el inciso segundo, y estableciendo como mínimo

¹ CHILE. 1833. Constitución Política de la República de Chile. Artículo 152.

para la extensión del plazo de protección de este derecho la vida del autor.² Se entrega su regulación más detallada a la Ley, remisión que en este caso puede entenderse hecha tanto al Código Civil, ya que se trata aquí de una especie de propiedad, como a la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.

En cuanto al Código Civil, en su artículo 584, indica que “las producciones del talento o del ingenio son una propiedad de sus autores”, remitiendo su regulación a leyes especiales, entendiéndose por tales tanto las Leyes de Propiedad Intelectual como Industrial.

La Ley de Propiedad Intelectual, N° 17.336 de 1970, (en adelante e indistintamente, LPI), regula específicamente el derecho de autor en Chile y, en lo medular, se ocupa tanto de los derechos de orden patrimonial como moral que emanan de él, así como de los derechos conexos o afines, establecidos a favor de intérpretes, ejecutantes y, en general, quienes contribuyen a poner una obra, que no es de su autoría, a disposición del público.

Como ya se mencionó con anterioridad, a lo largo de su vigencia, esta ley ha sufrido varias modificaciones, las más recientes datan del 2003, y tuvieron por finalidad adaptarla para cumplir con obligaciones adquiridas con la suscripción de algunos tratados internacionales. Así, dichas modificaciones corresponden a los ajustes necesarios para dar cumplimiento tanto a los acuerdos suscritos por nuestro país con la Organización Mundial de Comercio (OMC), como con los Estados Unidos de Norteamérica, en el Tratado de Libre Comercio (TLC USA).

Por su parte, la Ley se remite a su *Reglamento para la Aplicación de la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual*, Decreto N° 1.122 del Ministerio de

² CHILE. Ministerio del Interior. 1980. Decreto Ley N° 3464: Aprueba nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito, agosto 1980. 74 pp.

Educación, publicado en el Diario Oficial de 17 de Junio de 1971, el que se encarga de materializar algunas de las disposiciones de la ley a la que accede, tales como remuneraciones, normas administrativas para llevar el registro en el Departamento de Derechos Intelectuales, entre otras. Este reglamento se ha mantenido sin modificación alguna desde el año 1973 hasta la fecha.

Por otra parte, existen una serie de otros tratados internacionales, que han sido ratificados y se encuentran vigentes en Chile, vinculados estrechamente con la regulación del derecho de autor, y que incluso, por datar con anterioridad a la ley nacional, influyeron en el contenido de ésta. Encontramos en esta categoría a la Convención Universal sobre Derecho de Autor,³ y la Convención Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas.⁴

El más conocido de estos instrumentos internacionales, que forman parte de nuestra legislación interna, es el Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas, de 1886,⁵ actualmente administrado por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), al igual que el Tratado sobre Derecho de Autor⁶ nacido a su amparo, el que fuera adoptado por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, en Diciembre de 1996.

En el seno de la Organización Mundial de Comercio (OMC) se adoptó el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual

³ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Promulgatorio N° 75, 26 de Julio de 1955.

⁴ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Promulgatorio N° 74, 21 de Julio de 1955.

⁵ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Promulgatorio N° 266, 05 de Junio de 1975.

⁶ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Promulgatorio N° 270, 07 de Marzo de 2003.

relacionados con el Comercio,⁷ que también aborda aspectos relativos al derecho de autor. Ya que la OMC es un organismo internacional de reciente creación, 1994, el decreto promulgatorio del "Acuerdo de Marrakech", por el que se establece la misma, además comprendió varios acuerdos anexos, incluido el ya mencionado sobre propiedad intelectual, conocido como ADPICs o TRIPs, todos adoptados el 15 de abril de 1994 en esa ciudad marroquí, al término de la Octava Ronda de Negociaciones Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT). Chile forma parte de la OMC, y los países miembros de ella deben ratificar mandatoriamente el ADPIC, dentro de otros acuerdos, al ingresar a dicha organización.

Todos estos instrumentos internacionales han contribuido a que nuestro país haya quedado integrado, de manera coherente, al sistema de protección universal de derechos de autor, y forman parte del marco regulatorio del derecho de autor en Chile.

En una primera aproximación, la finalidad principal de todas las disposiciones mencionadas es brindar protección, en el plano jurídico, a los derechos de los autores o creadores de obras “por el sólo hecho de la creación”,⁸ esto implica la necesidad de que las ideas hayan sido plasmadas y se encuentren contenidas en algún soporte material, de cualquier clase, para hacerlas objeto de tutela jurídica. Esto es fundamental, ya que según se desprende de la redacción del propio texto legal, y de instrumentos internacionales como el ya mencionado ADPIC de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁹ y el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor,¹⁰ el derecho de autor no protege las ideas en sí mismas, sino aquellas que han sido

⁷ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. Decreto Promulgatorio N° 16, 17 de Mayo de 1995.

⁸ Artículo 1º, inciso 1º, Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual. Promulgado por Decreto N° 16 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 17 de Mayo de 1995.

⁹ Artículo 9.2, ADPIC, Anexo 1 C del Acuerdo de Marrakech.

¹⁰ Artículo 2º, Tratado OMPI sobre Derecho de Autor de 1996. Promulgado por Decreto N° 270 del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile de 07 de Marzo de 2003.

expresadas, de lo contrario, resultaría sumamente dificultoso hacer efectiva dicha protección.

Este sistema de protección del derecho de autor es de carácter universal, absoluto u oponible *erga omnes*; además de exclusivo y excluyente, ya que parte de la base de que sólo el titular es quien puede usar, gozar y disponer de la obra, pudiendo reducir o aumentar su contenido, mientras se mantengan vigentes sus derechos.

A continuación, analizaremos como funciona este sistema en nuestro país.

1.2. Mecanismo General de Protección del Derecho de Autor

La protección que brinda el ordenamiento jurídico a las creaciones del intelecto, como se señaló anteriormente, nace con la expresión de una idea, la que debe encontrarse contenida en un soporte material cualquiera. El momento de la expresión es de suma importancia, ya que marca el inicio de la tutela legal, la que no guarda relación directa con el momento de la inscripción o registro, que cumple con fines diversos.

La ley consagra un sistema de registro de las obras sujetas al régimen de propiedad intelectual. Este sistema cumple principalmente con fines de prueba, a favor de quien inscribe, ya que el registro constituye una presunción meramente legal de autoría, mas no tiene la facultad de constituir el derecho de autor en sí mismo, el que existe desde el momento mismo de la creación, sin necesidad de mediar ulterior trámite. Otra de las finalidades del registro es facilitar la transferencia de los derechos patrimoniales de autor desde su titular

originario o creador a los titulares de derechos o derechohabientes que lo han adquirido por cesión.

El derecho de autor comprende dos tipos de derechos, reconocidos y amparados por la ley: patrimoniales y morales. Los primeros dicen relación directa con la explotación económica de la obra, y se incluyen aquí los derechos de utilización de ella, ya sea personalmente o a través de terceros a quienes el autor autorice, la publicación, la reproducción, la adaptación, la ejecución pública y la distribución al público; su duración se encuentra limitada en el tiempo al plazo que la ley determine y pueden ser enajenados. Los segundos, en tanto, también llamados “derechos de la personalidad del autor”,¹¹ se refieren principalmente a la paternidad e integridad de la obra y, a diferencia de los patrimoniales, son perpetuos e inalienables.

Además de los derechos de autor propiamente tales, la ley reconoce paralelamente la institución de los derechos conexos, que son aquellos que la ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes respecto de sus producciones, y que no serán objeto de análisis específico en esta tesis.

En la actualidad la protección que la ley otorga al derecho de autor tiene una duración que comprende toda la vida del autor y hasta 70 años después de su muerte. Esta es la regla general; algunos casos especiales se indican en el artículo 10 de la LPI, y dicen relación con situaciones en que existe cónyuge, hijas solteras, viudas o cuyo cónyuge esté imposibilitado para trabajar, en que el plazo de protección se extiende hasta el fallecimiento del último de los sobrevivientes.

¹¹ LIPSZYC, Delia. 1993. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, Buenos Aires, Argentina. Pág. 45 y ss.

Otro caso especial dice relación con los programas computacionales producidos en el contexto de una relación laboral en que el titular de los derechos de autor sea un empleador persona jurídica, aquí la contabilización del plazo de 70 años se realiza desde la primera publicación de la obra.

En este punto cabe destacar que, hasta el año 2003, el plazo de protección comprendía la vida del autor más 50 años contados desde su fallecimiento; el aumento corresponde a un ajuste legal efectuado en virtud del Tratado de Libre Comercio suscrito con los Estados Unidos de Norteamérica,¹² que analizaremos en detalle más adelante en esta tesis.

Con todo, una vez expirado este plazo legal de protección la obra pasará a formar parte del dominio público o patrimonio cultural común, no siendo necesario ningún pago de derechos ni solicitud de autorización para proceder a su utilización por cualquier persona.

Los derechos patrimoniales de autor están afectos a excepciones o limitaciones en su ejercicio, mientras aún se encuentra vigente el plazo de protección, como una forma de permitir a la comunidad acceder a las obras en casos especiales, atendiendo a razones de índole educativa, culturales e informativas. Esto permite morigerar la característica de exclusividad de explotación de la obra que concede a su creador el derecho de autor, ya sea por sus propios medios, o autorizando a terceros a hacerlo.

En nuestra Ley se contemplan algunas excepciones al derecho de autor, según lo indican los artículos 38 a 45 bis del Párrafo III, de la Ley de Propiedad Intelectual, sobre “Excepciones a las normas anteriores”, en referencia a la

¹² Artículo 17.5 N° 4, referido a los Derechos de Autor y su duración, Capítulo 17: Derechos de Propiedad Intelectual, Tratado de Libre Comercio Chile – Estados Unidos. Pág. 711.

regulación sobre derechos patrimoniales que se encuentra previamente, y los artículos 46 y 47 del Párrafo IV, sobre “Excepciones al derecho de autor”.

Las citadas normas contemplan aquellos casos especiales en que el autor o titular de derechos no pueden impedir una determinada forma de reproducción o comunicación al público de su obra, atendidas ciertas circunstancias especiales, relacionadas con la educación, la enseñanza y la ciencia. Dentro de estas excepciones encontramos el derecho de cita (artículo 38 LPI), apuntes de cátedras universitarias y escolares (artículo 41 LPI), y la copia de respaldo de un programa computacional (artículo 47, inciso segundo, LPI), entre las más conocidas y utilizadas.

En cuanto a la exigibilidad de los derechos que la Ley de Propiedad Intelectual concede, cabe señalar que, en el Capítulo II sobre Contravenciones y Sanciones de dicha ley, no se ha contemplado un procedimiento especial de protección, por lo que estos asuntos quedan entregados de lleno a la justicia ordinaria y a los procedimientos de aplicación general, civiles y criminales. Ello trae consigo los inconvenientes de un sistema que no se encuentra especialmente diseñado para solucionar las controversias suscitadas en torno a los temas de autor y sus derechos, que ciertamente tienen particularidades que les son propias.

La Ley concede acciones de naturaleza civil y penal tendientes a contrarrestar los efectos de las infracciones a los derechos de autor, o “delitos contra la propiedad intelectual” en su nomenclatura propia, mediante penas privativas de libertad y multa, en lo penal; y mediante responsabilidad civil y la consiguiente indemnización de perjuicios, en el ámbito civil. En este último, el legislador se ha encargado de señalar como juez competente al de mayor cuantía en lo civil, quien deberá proceder breve y sumariamente, según se señala en el artículo 85 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Además de lo anterior, debemos tener presente que la propia Constitución Política, que reconoce a la propiedad intelectual como una especie de propiedad, en el numeral 25 del artículo 19, concede el recurso de protección como una medida adicional de observancia de los derechos que emanan de ella, por aplicación de su artículo 20, para aquellas situaciones en que el afectado se vea privado, perturbado o amenazado en el ejercicio de sus derechos de propiedad intelectual.

1.3. Efectividad de la Protección Legal

El análisis de la efectividad del actual régimen de protección legal de los derechos de autor se hará, en este acápite, desde una perspectiva eminentemente cualitativa, para lo cual se han escogido tres aspectos principales de estudio, basados en lo dispuesto por la propia Ley de Propiedad Intelectual y los informes estadísticos anuales elaborados por el Departamento de Derechos Intelectuales:

1. Complejidad del mecanismo de protección.
2. Difusión y conocimiento entre los sujetos interesados.
3. Justiciabilidad, o forma de hacer efectiva la protección que otorga la ley, de manera rápida y eficaz.

Respecto del primer punto, complejidad del mecanismo de protección, podemos señalar que, del análisis del marco legal, se desprende que éste no es de un alto grado. La ley protege al autor desde el momento mismo de la creación, sin necesidad de mayores trámites o requisitos, lo cual representa una clara ventaja para él, ya que no requiere conocimientos o asesorías específicas.

Ahora bien, si el creador desea fortalecer su derecho, dotándole de mayor certeza jurídica, y configurando un principio de prueba a su favor, puede concurrir hasta el Departamento de Derechos Intelectuales, organismo dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM) y relacionado con el gobierno central a través del Ministerio de Educación, para registrar su obra a través del depósito de una o más copias de la misma, según sea el caso, previo pago de una tasa de monto razonable. El trámite administrativo es bastante sencillo para el usuario, ya que no implica someterse a un proceso de evaluación por parte del organismo encargado, y que culmina con la asignación inmediata de un número único de registro, que identificará en lo sucesivo a la obra en cuestión.

Como es dable apreciar, este sistema de protección legal no le reporta mayores costos ni inconvenientes al autor en relación a su derecho como creador, siendo la propia ley la que señala y regula los usos que terceras personas le pueden dar a la obra, de manera supletoria, los que, generalmente, se asocian a la autorización previa de dichos usos por parte del autor.

En cuanto a la difusión y conocimiento de la ley, podemos señalar que se ha evidenciado un ostensible aumento de la promoción de los derechos que detentan los autores en los distintos medios de comunicación, y por ende su conocimiento por parte de los mismos. Esta afirmación se encuentra avalada por las cifras que maneja el Departamento de Derechos Intelectuales, el que ha constatado año a año, en sus estadísticas, un incremento significativo en el número de registros de obras.¹³ En este verdadero fenómeno comunicacional, ha jugado un rol fundamental la masificación de las tecnologías de la información y comunicación (TICs), que han puesto al alcance de la mano de

¹³ Fuente: Informe Estadístico del Departamento de Derechos Intelectuales, período 2003 – 2007.

los interesados toda la información necesaria para comprender el mecanismo de protección de los derechos de autor.

También ha contribuido notoriamente a este proceso de difusión de los derechos de autor, y de la propiedad intelectual en general, el hecho que sea esta una materia incorporada regularmente en las negociaciones de los diversos tratados internacionales, tanto en los que ya se encuentran suscritos, como en aquellos que se encuentran en proceso de negociación y en que nuestro país ha tomado parte en los últimos años.

Adicionalmente hemos visto cómo se ha potenciado el desempeño de instituciones tales como el Consejo de la Cultura y de las Artes (CNCA); las sociedades gestoras de derechos de autor, y algunas de sus más conocidas exponentes en nuestro país, tales como la Sociedad Chilena de Derecho de Autor (SCD), la Sociedad Chilena de Intérpretes (SCI) y la Sociedad de Derechos Literarios (SADEL); así como el mismo Departamento de Derecho Intelectuales (DDI), todas ellas orientadas a la protección y promoción de los derechos que competen a los autores y titulares de derechos.

Finalmente, respecto a la justiciabilidad o exigibilidad de los derechos de autor debemos señalar, primeramente, que ella no se condice con la simplicidad del procedimiento que lleva a su adquisición, ya que es la justicia ordinaria la llamada a conocer de los conflictos y violaciones del derecho de autor. Para ello dispone de los procedimientos de aplicación general en que se ejercen las acciones civiles y penales que contempla la ley, y que normalmente resultan más extensos y engorrosos de lo que autores y titulares de derechos desearían, a fin de hacer efectivos dichos derechos.

No obstante ello cabe señalar que lo que sucede en materia de justiciabilidad de los derechos de autor en Chile no difiere en mucho de lo que

acontece con la mayoría de las restantes materias en que resultan aplicables los mismos procedimientos. Lo anterior no hace sino restarle parte de su atractivo a un sistema que, dadas sus especiales características, requeriría de una especificidad y celeridad, en el ámbito judicial para hacer efectivos los derechos que la ley reconoce y ampara, de las que actualmente carece.

Cuando se analicen más adelante en esta tesis los mecanismos de resolución de controversias que introduce el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos, veremos cómo, en materia de justiciabilidad de los derechos de autor, se han abierto nuevas posibilidades para que las partes puedan hacer valer, incluso en el foro internacional, o mediante soluciones bastante novedosas para nuestro ordenamiento jurídico, que buscan resolver los conflictos entre autores o titulares de derechos de autor y eventuales infractores, como es el caso del “sistema de notificación y bajada”.

1.4. Hacia una Visión Equilibrada del Derecho de Autor

Como es dable apreciar de lo anteriormente expuesto, la Ley N° 17.366 reconoce a los autores una serie de derechos de carácter exclusivo y excluyente, por el hecho mismo de la creación.

Ahora bien, este estado de cosas, desde la perspectiva del autor parece de toda lógica y justicia, sin embargo se hace necesario reconocer que la ley no ha profundizado en la regulación de una serie de situaciones que afectan a parte de nuestra población, la que se ve impedida, en gran medida, de acceder a las obras protegidas. Por ello, algunas instituciones, tales como el Colegio de Bibliotecarios de Chile, A.G.¹⁴ y la Comisión Asesora de Bibliotecas del Consejo

¹⁴ POSTURA DEL COLEGIO DE BIBLIOTECARIOS DE CHILE A.G. RESPECTO A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES A LA LEY

de Rectores de la Universidades Chilenas (CABID),¹⁵ estiman de vital importancia contemplar más y mejores excepciones y limitaciones a este derecho absoluto que permite al autor usar, gozar y disponer de su obra a voluntad, mientras su derecho se mantenga vigente, equilibrándolo adecuadamente con el acceso a la cultura.

Nos estamos refiriendo a aquellos casos en que hay un interés jurídico que puede considerarse superior, o cuando menos, tan importante como el derecho del autor, que entra en conflicto con él. Un ejemplo de ello, se presenta en el caso del derecho constitucionalmente reconocido a la educación en que, el alto costo de algunos de los textos de estudios especializados, hace que, en la práctica, estos sean reproducidos fotográficamente (fotocopiados) al margen de toda legalidad. Al no existir una excepción en la ley que permita la obtención de copias para fines educacionales, para quienes no disponen de los medios económicos para adquirir el original y requieren utilizar este material de estudio de alto grado de especificidad, sin mediar ánimo de lucro, se produce una infracción a la normativa vigente.

Otro tanto sucede respecto a los discapacitados y su acceso a los bienes culturales. Por ejemplo, si un discapacitado visual requiere de grabar en una cinta de audio un texto de estudio o entretenimiento, debiera previamente solicitar autorización al autor, quien puede eventualmente negársela, impidiéndole modificar la obra desde su formato original en papel, y reproducirla en este nuevo formato. Así, se produce un injusto para la población que sufre de alguna discapacidad que le impida acceder a las obras en su formato original.

Nº 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL, EN SU SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL. 07 de Noviembre de 2007. [en línea] En: <http://www.bibliotecarios.cl/descargas/postura_senado.pdf> [consulta: 29.01.2008].

¹⁵ Fuente: Entrevista a Gabriela Ortúzar, Presidente de CABID, al diario electrónico El Mostrador. 16 de Abril de 2005. [en línea] En: <http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia.asp?id_noticia=157762> [consulta: 29.01.2008].

La situación se hace más patente cuando se toma en consideración que el acceso a la cultura, así como la educación, detentan de igual forma, al menos en la teoría, la calidad de derechos fundamentales (como veremos en el capítulo siguiente), ambos reconocidos por tratados internacionales mundiales e interamericanos, pero que, por motivos que no resultan del todo claros, han sido postergados a la hora de legislar en materia de derecho de autor.

En este punto resulta un valioso aporte citar a José Weinstein Cayuela, ex - Ministro de Cultura de nuestro país, quien ha señalado que: “El Estado debe velar por el respeto a los derechos individuales de los creadores y artistas y, a la vez, facilitar la circulación de personas, bienes, servicios y conocimientos vinculados a la actividad cultural, preservando la identidad de la nación y las libertades de creación y de difusión de los bienes culturales. La forma de facilitar esta circulación no puede ser entendida como una disminución de los derechos de los autores, sino en estrategias que debe hacer el Estado y la sociedad para que existan más bienes culturales para todos los ciudadanos. La ecuación virtuosa consiste entonces en que el derecho de autor se conjugue armoniosamente con el derecho de información, el derecho a la cultura y el derecho a la educación”.¹⁶

Entonces cabe preguntarse si existe otra visión del derecho de autor, que sea distinta de aquella consagrada en la Ley de Propiedad Intelectual chilena. La respuesta es positiva ya que, al menos en el orden jurídico internacional, se ha postulado, desde ya hace un tiempo, una postura equilibrada o balanceada entre la necesaria protección de los derechos de quienes crean bienes culturales y el acceso a ellos por parte de la población. Ello claramente implica que, a la par de las normas que protegen el mencionado derecho de autor, es indispensable que los países cuenten con un régimen de excepciones y

¹⁶ WEINSTEIN CAYUELA, José. 2005. Discurso Inauguración Seminario. En: SEMINARIO Propiedad Intelectual y Situación de la Industria Editorial en Chile: 4 de abril de 2005. Santiago, Cámara Chilena del Libro y Comisión Europea en Chile. 8 pp.

limitaciones razonables y bien fundamentadas, que disipen el temor de que éstas se transformarán en una vía fácil para incrementar la piratería y las conductas infractoras. Además con ello se debe brindar un adecuado balance entre dos derechos fundamentales, como reconoce el ordenamiento internacional, que no son más que las dos caras de una misma moneda, mediante medidas de fortalecimiento de otras instituciones jurídicas relacionadas con el derecho de autor, tales como el agotamiento del derecho, las licencias obligatorias y el dominio público, como quedará de manifiesto en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO II

EL ACCESO A LA CULTURA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

2.1 Generalidades

Desde el año 2004 la comunidad internacional ha sido testigo de la formación de un nuevo movimiento global alineado en pos de obtener un mayor acceso a la cultura para la población. Conocido por la sigla A2K, abreviatura de Access to Knowledge (Acceso al Conocimiento o Cultura), ha ido tomado fuerza y logrado hacer escuchar sus demandas en los foros internacionales, principalmente en la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

La meta de la Iniciativa A2K es “restaurar el inestable balance existente entre los intereses de los titulares de derechos exclusivos sobre los contenidos creativos y los usuarios de dicho contenido”.¹⁷ Su enfoque principal es resaltar la importancia del acceso a la cultura como un asunto de gran relevancia social y democrática, e incluso derechamente como una necesidad humana, tanto para los países en desarrollo como los ya desarrollados, considerando que existe un sentimiento generalizado respecto a que la continua expansión de la legislación sobre propiedad intelectual amenazaría el acceso al conocimiento en muchas formas.

Este movimiento, que cuenta dentro de sus más reconocidos exponentes al profesor norteamericano James Love y a la organización liderada por él conocida como Consumer Project on Technology (CPTech),¹⁸ considera que, tratándose del Acceso a la Cultura, nos encontraríamos frente a una materia

¹⁷ A2K: ACCESS TO KNOWLEDGE = MAKE IT HAPPEN. [en línea] En: <<http://www.indicare.org>> [consulta: 12.11.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.

¹⁸ Ver: <http://www.cptech.org>

relativa a derechos humanos, como analizaremos, en detalle, más adelante en este capítulo.

Con la misma convicción, Brasil y Argentina fueron los países pioneros en la materia, presentando una propuesta de Agenda para el Desarrollo en la Asamblea General de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), en el año 2004. Ella dio pie para que numerosas organizaciones, principalmente relacionadas con la sociedad civil, se organizaran y globalizaran la idea, dando lugar a la Iniciativa A2K, y conjuntamente con ello, discutiendo el contenido de lo que podría llegar a ser el primer “Tratado sobre Acceso al Conocimiento”¹⁹ de que se tenga noticia.

Desde ya debemos hacer presente que la noción de acceso a la cultura es vasta, y comprende mucho más que el derecho de autor y su regulación, insertándose en una concepción mayor de acceso, en general, a bienes jurídicos que resultan valiosos para el ser humano, y que son considerados derechos fundamentales en muchos casos. De esta forma sucede con el acceso a la educación, a la información, a la salud, a la justicia, entre otros. Sólo en lo que respecta al acceso a la cultura es posible encontrar numerosos enfoques, ya sea desde la perspectiva de las políticas públicas (mediante fondos, estímulos en dinero en general, gratuidad, subvenciones), o desde la regulación de los derechos de los autores y sus límites. Esta última es la que interesa relevar a la luz de esta tesis.

Por lo novedoso de esta perspectiva acerca de la propiedad intelectual, y por cierto, del derecho de autor, en relación al acceso de la población a la cultura, analizaremos a continuación en qué consiste dicho acceso, y si es

¹⁹ Ver: http://www.cptech.org/a2k/a2k_treaty_may9.pdf

posible calificarlo efectivamente en la categoría de derecho humano o derecho fundamental.

2.2 Acceso a la Cultura: Concepto

Previo al análisis pormenorizado del concepto de Acceso a la Cultura, es necesario determinar cuál es la relación existente entre los conceptos “cultura” y “conocimiento”, que han sido utilizados aquí de manera indistinta. La razón de ello radica en que, en lengua española, se ha extendido mayormente el uso del concepto de “acceso a la cultura”, mientras en el mundo angloparlante resulta más frecuente que se utilice el de “acceso al conocimiento” o “access to knowledge”.

Respecto a este punto cabe señalar que, en su sentido más natural y obvio, y recurriendo a las definiciones que para ambos conceptos nos entrega el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE), podemos sostener, a priori, que existe cierta relación entre ellos. Así, la RAE define el conocimiento como “**1.** m. acción de conocer”, mientras que por este último vocablo se entiende “**1.** tr. Averiguar por el ejercicio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y relaciones de las cosas. **2.** tr. Entender, advertir, saber, echar de ver. **3.** tr. Percibir el objeto como distinto de todo lo que no es él.”²⁰

Por otra parte, la misma fuente define cultura como “**2.** f. Conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico. **3.** f. Conjunto

²⁰ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. [en línea] En: <www.rae.es> [consulta: 09.04.2007].

de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.”²¹

El filósofo argentino Octavio Derisi sostiene que el “conocimiento es la aprehensión inmaterial o consciente de la realidad distinta de la propia”, en tanto que la cultura sería “el desarrollo armónico de todas las actividades y zonas del ser del hombre –y de los objetos del mundo que lo sirven- de un modo jerárquico, que culmina en la perfección o bien del propio espíritu en la posesión de los objetos”.²²

Desde otra perspectiva se ha sostenido que el “término Cultura designa el conjunto total de las prácticas humanas, de modo que incluye las prácticas: económicas, políticas, científicas, jurídicas, religiosas, discursivas, comunicativas, sociales en general”, incluso se agrega que debe “restringirse el uso de la palabra Cultura a los significados y valores que los hombres de una sociedad atribuyen a sus prácticas”.²³

Desde una visión antropológica se señala que “la cultura debe incluir: bienes materiales, bienes simbólicos (ideas), instituciones (canales por donde circula el poder: escuela, familia, gobierno), costumbres (reunirse para cenar entre gente amiga y familiares), hábitos, leyes y poder”.²⁴ Desde esta perspectiva la cultura es una producción colectiva dinámica, que no puede ser vista como algo apropiable, ya que se manifiesta en el seno mismo de las distintas sociedades.

²¹ Id. Anterior.

²² DERISI, Octavio. “Conocimiento y Cultura”. [en línea] En: <<http://200.16.86.50/digital/DERISI/DERISI-articulos/Derisi109-109.pdf>> [consulta: 25.03.2007].

²³ SASTRE, Fernando y NAVARRO, Andrea. “¿Qué entendemos por cultura?”. [en línea] En: <<http://www.monografias.com/trabajos13/quentend/quentend.shtml>> [consulta: 07.04.2007].

²⁴ Id. Anterior.

En síntesis, es posible sostener que ambos conceptos describen la percepción de los distintos elementos que rodean al ser humano, y que le es posible percibir por medio de sus sentidos, haciéndolos propios y aplicándolos en su diario vivir. Mientras el conocimiento describe un proceso perceptivo de carácter más general, la cultura se orienta al procesamiento de dichos elementos, los que adquieren un significado propio dentro de determinado grupo social o humano, constituyendo un proceso constante de producción colectiva en busca de significados propios para los elementos de los que se ha tomado conocimiento.

Como podemos apreciar, ambos conceptos, cultura y conocimiento, se encuentren estrechamente ligados entre sí, y en este contexto resulta sumamente provechoso y esclarecedor citar una frase atribuida al escritor Gabriel García Márquez que sostiene que “cultura, es el aprovechamiento social del conocimiento”.²⁵

Superado este primer punto, podemos entrar de lleno en el análisis del concepto de Acceso a la Cultura o al Conocimiento, que atendidas las definiciones transcritas, pueden asimilarse sin mayores contratiempos.

Lograr un concepto de Acceso a la Cultura o al Conocimiento no ha sido tarea fácil para quienes forman parte de la Iniciativa A2K, no obstante los profesores de la Universidad de Yale, Jack Balkin y Yochai Benkler, han entregado algunas aproximaciones, que servirán de base para dar con dicha noción. Estas fueron expuestas en la Conferencia de dicha Universidad sobre

²⁵ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel. En: “¿Qué entendemos por cultura?”. SASTRE, Fernando y NAVARRO, Andrea. [en línea] En: <<http://www.monografias.com/trabajos13/quentend/quentend.shtml>> [consulta: 07.04.2007].

“Acceso al Conocimiento en la Sociedad de la Información: Proyecto de Acceso al Conocimiento”, que tuvo lugar en el año 2006.²⁶

Benkler sostiene que el Acceso al Conocimiento puede ser un concepto que llama a confusión, ya que es utilizado para referirse a cuatro cosas distintas entre sí, en base a ello ha desarrollado la siguiente tipología del A2K.²⁷

1. El concepto de Acceso al Conocimiento se refiere al **conocimiento humano**, comprendiendo éste, la educación, el know-how o saber cómo y, la creación de capital humano a través del aprendizaje de nuevas habilidades.
2. Abarca también la **información**, esto es, noticias, información médica, datos, y reportes climáticos.
3. Los **bienes que incorporan conocimiento**, que corresponden a aquellos en que los aportes para producirlos involucran cantidades significativas de conocimiento científico y técnico, el que usualmente se encuentra protegido a través de la propiedad intelectual. Algunos ejemplos en esta materia son los medicamentos, hardware y software.
4. **Herramientas destinadas a la producción de bienes que incorporan conocimiento**, en este caso se refiere a herramientas científicas y de investigación, materiales y componentes destinados a la experimentación, programas computacionales y hardware.

²⁶ BALKIN, Jack M. [en línea]. “What is Access to Knowledge?”. En: <<http://balkin.blogspot.com/2006/04/what-is-access-to-knowledge.html>> [consulta: 14.01.2008]. Traducción libre del texto digital en inglés.

²⁷ BENKLER, Yochai. En: “What is Access to Knowledge?” BALKIN, Jack M. [en línea]. En: <<http://balkin.blogspot.com>> [consulta: 14.11.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.

En opinión de Benkler, la meta del Acceso al Conocimiento sería mejorar el acceso a estos cuatro componentes de, lo que él llama, la “economía del conocimiento”.²⁸

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

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

Luego, Balkin sostiene que uno de los argumentos más poderosos en contra del movimiento pro Acceso al Conocimiento ha sido de índole económico, en virtud del que se sostendría que el actual sistema existente sería mejor para el desarrollo económico, haciéndose necesario sacrificar igualdad en aras de la promoción del desarrollo. Esto nos lleva al segundo punto, y por qué el autor sostiene que el Acceso al Conocimiento es tanto un asunto de

²⁸ Id. Anterior.

desarrollo económico como de participación individual y libertad humana, desechando, por estimarlo incorrecto, el argumento puramente económico.

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

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

Por su parte, resulta interesante destacar que los tratados internacionales que se refieren al acceso al conocimiento, incluso como derecho fundamental, nada han dicho acerca de lo que debe entenderse por este concepto, ni en el texto mismo del tratado ni en los documentos oficiales emanados de los organismos respectivos, limitándose únicamente a enunciarlo. En esta situación se encuentran el Pacto de San José de Costa Rica, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas, cuyos contenidos específicos serán analizados a propósito del Acceso al Conocimiento como Derecho Fundamental. Lo mismo sucede en

el borrador del Tratado sobre Acceso al Conocimiento que analizaremos más adelante.

Sólo exceptúa, de cierta forma, lo antes mencionado el que, con motivo de la conmemoración de los 50 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en Noviembre del año 1998, la OMPI en colaboración con la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, dio lugar a la creación de un grupo especial sobre propiedad intelectual y derechos humanos. Con motivo de este anuncio, se dictaron algunas charlas que servirían de punto de partida a dicho grupo, del cual no es posible encontrar mayores informaciones en la actualidad. En ese marco, encontramos el discurso de la abogada norteamericana Christine Steiner, quien intentó demostrar la manera en que los derechos propiedad intelectual, en el marco de la legislación estadounidense sobre propiedad intelectual, lograban un equilibrio respecto del interés público en el acceso a la cultura entregándonos, de paso, un concepto de cultura.

La abogada Steiner señala que “la Cultura refleja aquellos significados que son comunes en una sociedad. Los significados culturales, ya sea que se presenten como un lenguaje común, imágenes, o interpretaciones hechas al estilo tradicional, son compartidos a través de la reconocibilidad y legibilidad del lenguaje visual y escrito. Si las palabras, cuadros, diseños y sus variaciones, monumentos, representaciones, y esculturas van a tener un significado común, ellas deben ser usadas, adaptadas y protegidas. La Cultura es transmitida, ya sea, en la forma de categorías clásicas de las artes (representaciones dramáticas y musicales, escritos, y artes visuales), o en la forma de categorías tradicionales de las artes con raíces en las culturas tribales, religiosas o étnicas (imágenes, símbolos, artesanía, artes orales y su interpretación). La Cultura es

protegida, ante todo, por un sistema de propiedad intelectual”.²⁹ Y es a estos elementos, que componen la noción de cultura, a los que la población debería tener acceso.

Finalmente, urge citar en este acápite, dedicado al concepto de Acceso a la Cultura, al economista norteamericano Jeremy Rifkin quien ha bautizado a esta como la “Era del Acceso”, la que define como “La mercantilización creciente de cualquier experiencia humana. Las redes comerciales de todo tipo y naturaleza tejen una red en torno a la totalidad de la vida humana, mercantilizando toda experiencia de vida.”³⁰

Su visión aborda la evolución del capitalismo actual, y de la propiedad como pilar básico de éste, hacia un mundo nuevo en que dicho pilar está constituido por el problema del acceso y el control de las ideas o del capital intelectual. Estas son las “experiencias humanas” a las que se refiere el autor en su definición, y el punto central de su discurso se centra en el Acceso a la Cultura o Conocimiento.

Para cerrar este punto, una última cita de Rifkin: “La absorción de la esfera cultural por parte de la esfera comercial apunta a un cambio fundamental en las relaciones humanas con consecuencias preocupantes para el futuro de la sociedad. Uno de los primeros objetivos políticos en el nuevo siglo en una economía red global que se apoya de manera creciente en el acceso pagado a las experiencias culturales mercantilizadas, consiste en encontrar una forma

²⁹ STEINER, Christine. 1998. Intellectual Property and the Right to Culture. [en línea] En: <<http://www.wipo.int/tk/en/hr/paneldiscussion/papers/word/steiner.doc>> [consulta: 12.06.2007]. Traducción libre del texto digital en inglés.

³⁰ RIFKIN, Jeremy. 2000. La era del acceso. La revolución de la nueva economía. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 366 pp.

sostenible de preservar y ampliar la rica diversidad cultural que es la fuente de vida de la civilización.”³¹

Para efectos de esta tesis, de los distintas aproximaciones antes citadas, tomaremos como concepto operacional de Acceso a la Cultura el que nos entrega el profesor Balkin, debido a su enfoque múltiple que permite comprender a cabalidad el concepto desde un plano jurídico, tanto como petición de justicia como en su relación con la propiedad intelectual; y desde el económico, que incorpora elementos tales como la participación individual y la libertad humana.

2.3 Contenido y Características Principales del Derecho al Acceso a la Cultura

A la luz del último borrador, actualmente en discusión, del Tratado A2K,³² que data de Mayo del año 2005, es posible señalar que su principal contenido está constituido por un conjunto de ideas que buscan promover y proteger el acceso. Ellas son el fruto de investigaciones, y también el resultado de la experiencia de otros países que han buscado dar una solución legal adecuada a la problemática que suscita brindar un adecuado nivel de acceso al conocimiento a la población.

El borrador cubre doce materias distintas, que comparten el espíritu de de hacer accesible el conocimiento y lograr materializar los beneficios económicos, académicos y sociales que él implica. Como ya señalamos anteriormente, ninguna de sus secciones se hace cargo de entregar un

³¹ Id. Anterior.

³² TREATY ON ACCESS TO KNOWLEDGE. Borrador al 9 de Mayo de 2005. [en línea] En: <www.cptech.org> [consulta: 13.01.2007]. Traducción libre del texto digital en inglés.

concepto de acceso al conocimiento, del que fuera posible concluir su contenido y características más relevantes. No obstante ello, el análisis de algunos de los principios, en que su texto se inspira, y de las materias que aborda, servirá para aproximarnos a ellos.

El primer principio que subyace en el borrador en comento, a propósito del acceso al conocimiento, es el de la **participación**. Se busca promover la participación ciudadana en los asuntos culturales, cívicos y educacionales. Uno de los grandes incentivos del movimiento de acceso al conocimiento es el auge de las tendencias orientadas a crear nuevas formas de generar conocimiento y compartirlo.

Además se busca que esta invitación a participar sea transversal, y que incluya a todas las personas, sin distinción de su nivel cultural, económico, incorporando a aquellas que sufren de algún impedimento que les obstaculice acceder normalmente a la cultura. Para ello se ha propuesto una serie de excepciones y limitaciones que regulan la situación en que se encuentran las personas con discapacidad visual, auditiva y otras.

Adicionalmente se promueve la participación de todos quienes puedan contribuir a generar más conocimiento a través del suministro de los recursos necesarios para ello, ya sea que estos provengan del sector público o privado.

El segundo principio que aparece relevado es el de la búsqueda del **balance**. Tal como se señala en el preámbulo del borrador del tratado, existe preocupación “por la apropiación indebida de los bienes culturales públicos y privados” y se reconoce “la importancia de los bienes culturales que son

creados para el beneficio de todos, y la necesidad de proteger y expandir los bienes culturales”.³³

Se debe aclarar que, el movimiento A2K y su propuesta de tratado, no buscan abolir la protección de los derechos de autor, sino que postulan “la necesidad de mantener un equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular en la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna, tal como lo establece el Preámbulo del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor”,³⁴ como ellos mismos han declarado ante los foros internacionales involucrados en los temas relativos al derecho autoral y su protección.

Volviendo al análisis del contenido del borrador del Tratado A2K, éste declara como uno sus objetivos, en el Artículo 1-1, “proteger y realzar [expandir] el acceso al conocimiento, y facilitar la transferencia tecnológica hacia los países en desarrollo”. Para ello, luego se señala que los futuros miembros de este instrumento, no estarán obligados a implementar en su legislación interna medidas que excedan lo requerido por el tratado propuesto con la finalidad de promover el acceso al conocimiento (Artículo 1-2). Se consagra así una suerte de libertad para determinar las formas y métodos más apropiados para implementar las normas tendientes a promover este acceso, cumpliendo los estándares mínimos que ese eventual tratado imponga.

Dichos estándares mínimos, que integran el contenido mismo del concepto de acceso a la cultura, son los siguientes:

³³ Id. Anterior. Parte 1 – Propósitos, Objetivos y Relación con Otros Tratados, Preámbulo.

³⁴ DECLARACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN APOYO DE LA PROPUESTA DEL GRUPO DE AMIGOS DEL DESARROLLO. [en línea] En: <www.ipjustice.org> [consulta: 03.12.2006].

Un régimen adecuado de excepciones y limitaciones, que cubran suficientemente las necesidades del ámbito educacional (extractos, citas, uso de material educativo, preservación de textos en bibliotecas, educación a distancia, etc.); social (utilización de extractos para crítica, comentarios y parodias, uso e obras por parte de discapacitados); tecnológico (ingeniería inversa, motores de búsqueda); y en general todas aquellas que no entorpezcan la normal explotación de la obra.³⁵

Además se consagra la necesidad del respeto de la doctrina de la primera venta para los usos posteriores, por ejemplo en bibliotecas, de obras ya adquiridas; el establecimiento de excepciones que protejan a los proveedores de servicios de internet en determinadas situaciones en que no debiera aplicárseles los derechos económicos exclusivos pertenecientes a los titulares de derechos de autor; así como la necesidad de limitar las prohibiciones legales anti-elusión de las medidas tecnológicas de protección en algunos casos específicos, ya que ellas podrían minar los derechos que provienen de las limitaciones y excepciones tradicionales del derecho de autor. Por otra parte, esta propuesta de tratado, busca garantizar que no se apliquen los derechos de autor a las obras manifiestamente no originales o faltas de toda creatividad, y la libertad de obras cuya paternidad no sea determinable (las llamadas “obras huérfanas”).³⁶

En cuanto a la duración de la protección de los derechos de autor y conexos, en el artículo 3-9 del borrador del Tratado A2K, se hace la referencia al ADPIC que, a su vez, se remite al Convenio de Berna, y que en general establece un plazo de 50 años, ya sea sumados a la vida del autor o contados desde la publicación de la obra, en términos generales. Ahora bien, también se

³⁵ TREATY ON ACCESS TO KNOWLEDGE. Borrador al 9 de Mayo de 2005. [en línea] En: <www.cptech.org> [consulta: 13.01.2007]. Traducción libre del texto digital en inglés. Parte 3, Artículo 3-1: Limitaciones y Excepciones Generales al Derecho de Autor.

³⁶ Id. Anterior. Artículos 3-2 a 3-8.

contemplan aquellos casos en que se ha extendido dicho término, consignándose en el proyecto de artículo 3-10, que los países que se encuentren en esta situación deben procurar apoyar el acceso al conocimiento a través de un sistema de protección sui generis, que debe atender a los intereses públicos en juego.

Finalmente, en el artículo 3-12 se propone establecer un sistema de licencias obligatorias de obras sujetas a derecho de autor en los países en desarrollo, como una forma de estimular el acceso, sobretodo de obras que sean utilizadas con fines educacionales.

De acuerdo a lo señalado por el borrador de tratado, otros pilares fundamentales del acceso al conocimiento estarían representados por una serie de medidas orientadas a expandir y realzar la cultura común o que forma parte del dominio público (Parte 5). Aquí encontramos la creación de un comité para las obras del dominio público (Art. 5-1) que, entre sus funciones, debería procurar el establecimiento de bases de datos de bienes culturales comunes (5-6); garantizar el acceso a las investigaciones financiadas con fondos públicos (5-2), a los archivos de transmisiones de carácter público (5-4), y a la información gubernamental (5-5); así como también procurar que las obras de los gobiernos y sus funcionarios formen parte del dominio público (5-3), no aplicándose a su respecto los derechos de autor.

Por otra parte, se propone el control de las prácticas atentatorias de la competencia, por su efecto negativo sobre la propiedad intelectual, y el derecho de autor (Parte 7). Además del apoyo a los autores e intérpretes con normas más transparentes en cuanto a la gestión colectiva de derecho y protección ante los contratos injustos (Parte 8).

A estos elementos que componen el acceso a la cultura, y que son más cercanos al derecho de autor, debemos sumar otros que el mismo borrador de tratado señala, tales como: limitaciones en materia de patentabilidad (artículo 4-1), la promoción de los estándares abiertos (artículo 6-1), y la promoción de la transferencia tecnológica a los países en desarrollo (artículo 9-1).

Podemos sostener que las materias enumeradas forman parte del contenido mínimo del acceso a la cultura, de acuerdo al único proyecto de tratado que, hasta la fecha, existe sobre la materia.

En cuanto a las características del acceso a la cultura, en base a lo antes expuesto, podemos señalar las siguientes:

- Busca el balance entre los intereses de los autores y los de la comunidad, con pleno e irrestricto respeto de la regulación sobre derecho de autor vigente, equilibrando los derechos económicos exclusivos de los primeros con medidas insertas en la legislación que atemperen sus efectos negativos, en situaciones puntuales (por ejemplo: excepciones y limitaciones, plazos acotados de protección, etc.).
- Promueve la participación amplia, tanto de la ciudadanía como de los organismos y entidades regulatorias, interesadas en este proceso.
- Pretende proteger y fomentar el dominio público, y los bienes culturales que lo componen, así como su acceso por parte de la ciudadanía.
- El acceso a la cultura debe ser catalogado como un derecho cultural, categoría que comparte con el derecho de autor, y que forma parte de una segunda generación de derechos

fundamentales, conocidos como DESC, junto con los económicos y sociales, como veremos a continuación.

2.4 El Acceso a la Cultura como Derecho Fundamental

Bastante se ha discutido acerca de la calidad de derecho fundamental del acceso a la cultura, y su clasificación dentro de ellos, dado que se encuentra contemplado en instrumentos internacionales que regulan esta clase de derechos.

Ante esta interrogante, el profesor Jack Balkin sostiene que efectivamente el acceso a la cultura es un derecho fundamental, ya que materias como la salud, la literatura, libertad de expresión y la participación en la economía del conocimiento, incluyen cuestiones relativas al florecimiento humano, y por tanto implican la existencia de un derecho humano. Sin embargo, estima que tendría riesgos asociados comenzar una defensa del acceso a la cultura desde la perspectiva de los derechos humanos, ya que implicaría encuadrar forzosamente un tema que va mucho más allá, limitándolo, habida cuenta que éste debe traducirse en políticas de fomento que son difíciles de explicar en base al discurso de los derechos fundamentales.

Además, sostiene Balkin, que no se debe olvidar que los países suscriben numerosos tratados, incluidos aquellos que tratan sobre derechos humanos, y algunos de ellos nunca llegan realmente a ser implementados en su totalidad, o ello se hace sólo de manera parcial. Esta es una de las razones para que su concepción del acceso a la cultura sea multivariable, como hemos visto

anteriormente en este mismo capítulo, y no se restrinja solamente a clasificarlo como un derecho humano.³⁷

También se han manifestado a favor de considerar al acceso a la cultura como un derecho fundamental, algunos de los participantes en la Asambleas de la OMPI, destinadas a poner en la agenda de dicho organismo temas como el desarrollo de las naciones más postergadas y del acceso al conocimiento. Muchos de ellos, entre los cuales se cuentan Consumer Project on Technology (CPTech), que lleva adelante el proyecto de Tratado A2K, la Federación Internacional de Asociaciones de Bibliotecas y Third World Network (TWN), han manifestado en este foro internacional que “un tratado sobre acceso al conocimiento debería estar basado en el modelo de los derechos humanos, dentro del que la accesibilidad del conocimiento es conocido como un derecho humano, que este derecho es primario, y que los derechos de los titulares de derechos de autor o patentes sean vistos como secundarios o excepciones, y que estos debieran encontrarse limitados de tal forma que no amenazaran a los derechos humanos primarios”.³⁸ Si bien esta posición invierte los actuales roles en el estado de cosas, generando de igual forma una suerte de desequilibrio o desbalance, casi de forma absoluta, es una buena muestra de las nuevas tendencias respecto al tema en el foro internacional.

Ahora bien, en sustento de la postura que clasifica al acceso como derecho fundamental existe, en primer lugar, un argumento de texto: como hemos mencionado, tratados internacionales e interamericanos consignan al

³⁷ BALKIN, Jack M. [en línea] En: <<http://balkin.blogspot.com/2006/04/what-is-access-to-knowledge.html>> [consulta: 14.01.2008]. Traducción libre del texto digital en inglés.

³⁸ OFFSETTING THE IPR'S ADVERSE EFFECTS ON ACCESS TO KNOWLEDGE. [en línea] En: <<http://www.access2knowledge.org/cs/node/112?PHPSESSID=bf6842d4c5d699c5523f44>> [consulta: 05.12.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.

acceso a la cultura como uno de ellos, y frecuentemente lo hacen en paralelo al debido amparo de los derechos de los autores de las obras protegidas.

Es así como, a nivel interamericano, la Carta Constitutiva de la Organización de Estados Americanos (OEA, 1948), vigente en Chile desde 1953 (incluidas sus reformas posteriores ratificadas en 1971), en su Capítulo VIII, sobre Normas Sociales, establece:

“Artículo 48

*Los Estados Miembros prestarán especial atención a la erradicación del analfabetismo; fortalecerán los sistemas de educación de adultos y habilitación para el trabajo; **asegurarán el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población**, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos”.*³⁹

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocida como “Pacto de San José de Costa Rica”, de 1969 y vigente en Chile desde 1991, también de la OEA, en su Capítulo III sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone lo siguiente:

“Artículo 26. Desarrollo Progresivo

*Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para **lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura**, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada*

³⁹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1971. Decreto N° 511: Aprueba Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos, agosto 1971. 6 pp.

*por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.*⁴⁰

En tanto, el Protocolo Adicional a la Convención Americana, en materia de derechos económicos, sociales y culturales, conocido como "Protocolo de San Salvador", del año 1988 (que no ha sido ratificado por Chile a pesar de que la Convención se encuentra vigente desde 1991), reconoce el *derecho a los beneficios de la cultura* (Art. 14), señalando que:

"1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen el derecho de toda persona a:

- a. **participar en la vida cultural y artística de la comunidad;***
- b. gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico;*
- c. beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia, la cultura y el arte.

3. Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen los beneficios que se derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas, artísticas y

⁴⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Decreto N° 873: Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica", enero 1991. 21 pp.

culturales, y en este sentido se comprometen a propiciar una mayor cooperación internacional sobre la materia.”⁴¹

En sede de Naciones Unidas, encontramos en su Carta Constitutiva, del año 1945 (y vigente en Chile desde 1946), uno de los primeros reconocimientos de los DESC efectuados en un instrumento de carácter internacional.

Así podemos constatarlo en su Capítulo IX, sobre Cooperación Internacional Económica y Social:

“Artículo 55

Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

- a. niveles de vida más elevados, trabajo permanente para todos, y condiciones de progreso y desarrollo económico y social;*
- b. La solución de problemas internacionales de carácter económico, social y sanitario, y de otros problemas conexos; y la **cooperación internacional en el orden cultural y educativo**; y*
- c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”⁴²*

⁴¹ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1999. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador". [en línea] En: <<http://www.oea.org>> [consulta: 02.07.2007].

⁴² ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 1945. Carta de las Naciones Unidas. [en línea] En: <http://www.unhcr.ch/spanish/html/menu3/b/ch-cont_sp.htm> [consulta: 22.12.2007].

Con una redacción muy similar a la del Protocolo de San Salvador, ya citado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas (PIDESC, 1966), en vigor en nuestro país desde 1989, plasma en su artículo 15:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) **Participar en la vida cultural;***
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;*
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.*

*2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la **conservación, el desarrollo y la difusión** de la ciencia y **de la cultura.***

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.”⁴³

Vigente en Chile de acuerdo a la Ley N° 8.402 que Dispone cumplir y llevar a efecto como Ley de la República la Carta de las Naciones Unidas, enero 1946. 1 pp.

⁴³ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto N° 326: Promulga el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, mayo 1989. 10 pp.

Como podemos apreciar de la transcripción de ambas normas, Protocolo de San Salvador y PIDESC, la única diferencia apreciable, en materia de redacción de la norma respectiva, se produce en el numeral 4, en que el primero amplía su declaración de intenciones, estipulando que los Estados Parte de este instrumento comprometerán su colaboración internacional en la materia, lo que no sucede en el caso del PIDESC, ratificado por Chile.

No obstante todo lo anterior, y como se ya señalado anteriormente, ninguno de estos instrumentos internacionales nos entrega luces acerca de lo que debemos entender por Acceso a la Cultura, limitándose sólo a esbozar el concepto y algunas de sus características y contenidos.

A los anteriores instrumentos internacionales, ya citados, se suma lo señalado en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), también de Naciones Unidas, suscrita por Chile como miembro activo desde 1945, que se refiere en dos numerales precisamente a la dualidad antes referida, y que señala lo siguiente:

“Artículo 27

- a. Toda persona tiene **derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten,***
- b. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”⁴⁴*

La disposición antes transcrita estaría inspirada en el Artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada en el

⁴⁴ ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [en línea] En: <<http://www.un.org>> [consulta: 02.07.2007].

marco de la IX Conferencia Internacional Americana, efectuada en Bogotá en el año 1948, que dice:

*“Toda persona tiene el derecho de **participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales** y especialmente de los descubrimientos científicos.*

Tiene asimismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.”⁴⁵

Como conclusión preliminar, es posible sostener que todos los instrumentos internacionales reseñados buscan ese adecuado nivel de equilibrio entre la debida protección a los creadores, para estimular la producción de bienes culturales, como también garantizar a todas las personas el acceso, tanto a dichas producciones como a los beneficios resultantes de ellas, no obstante lo cual no se aventuran a entregar una regulación que goce de mayor detalle y que entregue directrices más claras de cómo los Estados Parte deben de implementar este derecho a nivel nacional.

Precisamente basándose en estos instrumentos internacionales, el Doctor Edwin Harvey, asesor de UNESCO, sostiene firmemente que el acceso a la cultura es un derecho fundamental. Uno de segunda generación, en su concepto, que corresponde a aquellos que surgen con posterioridad a los civiles y políticos, y que, a diferencia de estos, son de implantación progresiva,

⁴⁵ ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1945. Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. [en línea] En: <<http://www.biotech.bioetica.org/d99.htm>> [consulta: 12.01.2008].

requiriendo que el Estado efectúe acciones positivas, disponga de ciertos recursos y realice cambios estructurales e institucionales.⁴⁶

Harvey también señala que, dentro de los derechos fundamentales de segunda generación, también llamados económicos, sociales y culturales (DESC), debe diferenciarse los derechos económicos y sociales de los propiamente culturales, dentro de esta última categoría encontramos al derecho de autor y al derecho de acceso a la cultura, además del derecho a la educación y a la participación en la vida cultural.

En este punto resulta interesante citar, en materia de clasificación de los DESC, y en especial, de los derechos culturales, el listado detallado que ha sido elaborado por UNESCO, en base a los instrumentos normativos con que cuenta. Entre ellas encontramos el derecho de acceso a la cultura, a la participación en la vida cultural, a la creatividad, a la protección de los intereses morales y materiales que resultan de la producción literaria o artística, a la protección de los bienes culturales, a la protección del patrimonio cultural mundial, a la cooperación cultural internacional, y a la protección y desarrollo de la identidad cultural.⁴⁷

Por último, Harvey agrega que, algunos de los derechos culturales, son de más reciente definición e implementación a nivel legislativo y constitucional que otros, lo que también ha demorado su reconocimiento a nivel internacional. Entre uno de los más desarrollados destaca el derecho a la educación, y por su natural relación con el acceso a la cultura, es probable que contribuya a la definición de este último. Estas diferencias en el nivel de elaboración conceptual

⁴⁶ HARVEY, Edwin. 1995. Derechos Culturales. [en línea] En: <<http://www.derechoycultura.org.ar/skins/derechosCulturales/download/Harvey,%20Derechos%20culturales.pdf>> [consulta: 21.02.2008].

⁴⁷ Id. Anterior. Págs. 14 y ss.

explicarían, en parte, las dificultades con que nos hemos encontrado en secciones anteriores para definir el acceso a la cultura.

Sin embargo, así como no es posible encontrar un concepto único de acceso a la cultura, tampoco existe consenso entre los constitucionalistas en cuanto a su clasificación dentro de los derechos fundamentales. El derecho fundamental de acceso a la cultura encontraría su lugar, como hemos ya señalado, dentro de la tipología clásica de los derechos humanos, entre aquellos de orden económico, social y cultural, en oposición a los de carácter civil y político, más tradicionales. Posición que corresponde a la del profesor Harvey.

Por su parte, el profesor español Antonio Pérez Luño sostiene que nos encontramos ante una tercera generación de derechos humanos, complementaria de las fases clásicas referidas a las libertades individuales y a los derechos económicos, sociales y culturales, y en que podríamos entender incluido el derecho de acceso a la cultura.⁴⁸

En este punto es importante señalar que la llamada teoría de las “generaciones de derechos” se asocia, frecuentemente, a la propia evolución del Estado. Estos escogen, dentro de un catálogo de derechos y libertades, aquellos que, de acuerdo con sus principios informadores, les parecen dignos de protección jurídica. Las clasificaciones más comunes distinguen, usualmente, tres categorías de derechos fundamentales: los de primera generación, relacionados con los derechos individuales clásicos, esto es, los derechos civiles y políticos, aquí encontramos las libertades individuales, la seguridad, y la integridad física y espiritual, entre otros. Los de segunda

⁴⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. 1996. Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? En *Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio*. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. pp. 11-52.

generación, en tanto, abarcan los derechos sociales, económicos y culturales, entre ellos el acceso a la cultura, a la educación, al trabajo, la vivienda, la seguridad social, el descanso, la protección a la familia, y a los más altos estándares de salud y bienestar físico posibles.

Finalmente, los derechos fundamentales de tercera generación, estarían compuesto por los derechos de solidaridad.⁴⁹ Estos surgen en los años sesenta, y son los que cuentan con menos énfasis jurídico y respaldo real para ser exigibles. Se trata de derechos colectivos, ya que afectan a grupos específicos de la sociedad, e incluso a toda la Humanidad. Entre ellos encontramos el derecho al desarrollo, a la paz, a un medio ambiente sano, a la información, y a la libre determinación.⁵⁰ Es perfectamente sostenible que, dada la incidencia del acceso a la cultura sobre el desarrollo integral de la humanidad en su conjunto, corresponda clasificarlo en esta tercera generación de derechos de la solidaridad, como sostiene el profesor Pérez Luño.

En el último tiempo, al matizarse aún más esta clasificación, comienza a hablarse de una cuarta generación de derechos fundamentales, quedando las categorías conformadas de la siguiente manera: en la primera generación de derechos encontramos aquellos más básicos, tales como la vida, libertad e igualdad, entre otros; en la segunda, encontramos el derecho a sufragio, asociación, ciertas libertades políticas y el reconocimiento de los grupos. En la tercera generación de derechos, en tanto, se agrupan los derechos económico-sociales, y los de prestación, correspondiendo, estos últimos, a aquellos en que el Estado se encuentra obligado a crear y mantener las condiciones materiales para el ejercicio de determinados derechos.

⁴⁹ FIX-ZAMUDIO, H. y VALENCIA CARMONA, S. 2001. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado. México. 2ª ed. pp. 413 y ss.

⁵⁰ DERECHOS DE TERCERA GENERACIÓN. [en línea] En: <http://portalsostenibilidad.upc.edu/detall_01.php?numapartat=4&id=205> [consulta: 21.02.2008].

Luego, encontramos la cuarta generación de derechos, o derechos del tercer milenio, que no se asocian a una evolución de la noción de Estado, como los anteriores, sino más bien a nuevas reivindicaciones ciudadanas, transformaciones tecnológicas, nuevos conocimientos científicos y su aplicación en distintos ámbitos de la vida humana. Así, encontramos aquí los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad, los relacionados con un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana y, los derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y de la información. Es precisamente es esta última subcategoría que encontramos, por ejemplo, los derechos de propiedad intelectual e industrial en la red, de acceso a la información de relevancia para la humanidad, y de acceso a la cultura a través de los medios de comunicación e información, entre otros.⁵¹

En este mismo sentido, la autora hispana María Eugenia Rodríguez Palop postula que, en el caso específico del acceso a la cultura, nos encontraríamos frente a una cuarta generación de derechos humanos orientados a la protección de intereses colectivos que formalmente se hallan al margen del sistema político-económico establecido, aquí se encontrarían derechos ecológicos, de la sociedad tecnológica y de la solidaridad.⁵²

Como es fácil apreciar, el tema de las clasificaciones se encuentra lejos de ser pacífico, ya sea por el número de categorías que se han creado como por las dificultades para delimitar sus contenidos. Existen opiniones que sostienen que los llamados derechos de cuarta generación (también llamados

⁵¹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. Estado Constitucional y Protección Internacional. [en línea] En: <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/pasado-der-humanos.pdf>> [consulta: 06.04.2007].

⁵² RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. 2002. La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación. Madrid, Universidad Carlos III. Editorial Dykinson. pp. 257 y ss.

“ciberderechos”) perfectamente podrían formar parte de los de tercera, agrupándose bajo la característica común de representar intereses colectivos.⁵³

Para efectos de esta tesis, adheriremos a la clasificación más tradicional y sostendremos que el acceso a la cultura es un derecho fundamental de segunda generación o DESC. Su importancia radica en que abordan una cuestión que resulta básica para la dignidad y el desarrollo humano, y que además deriva directamente de los tratados internacionales de derechos humanos, tal como lo ha sostenido Amnistía Internacional. Es clave tener presente que todos los derechos fundamentales, sin importar su clase, son indivisibles e interdependientes, por ello es frecuente constatar que la violación de un DESC esté asociada a una violación de derechos civiles y políticos,⁵⁴ ello refuerza la idea de que un derecho de segunda generación no es sinónimo de un derecho de segunda categoría o que pueda ser relegado.

En el caso del acceso al conocimiento, dentro de los DESC, estamos hablando propiamente de derechos culturales. Si bien su protección en las normas internacionales es más bien difusa, ya que no ha sido desarrollado con detalle, su importancia resulta indiscutible, toda vez que la cultura afecta la mayoría de los ámbitos de la vida de un ser humano, tales como la educación, la religión, las artes, entre muchos otros. Por tanto la interdependencia de los derechos no sólo trabaja de una generación a otra, como vimos, sino entre derechos de una misma generación.

⁵³ MANSILLA, H. C. F. Algunas observaciones críticas sobre derechos humanos e intereses grupales. [en línea] En: <http://www.lostiempos.com/noticias/03-07-05/03_07_05_pv1.php> [consulta: 21.02.2008].

⁵⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL. ¿Qué son los DESC?. [en línea] En: <<http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/pagina/que-son-los-desc/>> [consulta: 21.02.2008].

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

A nuestro juicio, el argumento de texto es consistente a favor de considerar al acceso a la cultura como un derecho fundamental, ya que los principales tratados de derechos humanos a nivel internacional y latinoamericano así lo han reconocido. A ello deberán sumarse, en lo sucesivo, las elaboraciones doctrinarias que permitan dilucidar el contenido específico del mismo, así como su relación con los demás derechos fundamentales.

Pero más allá de ello, se deben tener presentes los elementos que definen el concepto de acceso a la cultura de acuerdo al profesor Balkin: una petición de justicia, de desarrollo económico, de participación, que va más allá de la propiedad intelectual, y que sirve como mecanismo para promover el florecimiento humano. Los argumentos que subyacen en el fundamento mismo

del acceso a la cultura responden a la necesidad de un balance entre protección y acceso, en beneficio de toda la sociedad, que además goza de pleno derecho a ello en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos ya analizados que, de acuerdo al artículo 5º, inciso segundo, de nuestra Constitución Política deben ser respetados y promovidos por el Estado, en tanto dichos instrumentos se encuentren vigentes. Por tanto se trata también de un tema que excede lo meramente jurídico, y que encuentra sus raíces más profundas en los principios generales del Derecho, y fundamentalmente en la equidad.

2.5 El Acceso a la Cultura como Complemento Necesario a una Equilibrada Protección del Derecho de Autor

Como señalábamos al principio de este capítulo, el movimiento A2K, liderado por varias organizaciones civiles no gubernamentales del mundo, postula que social, económica y democráticamente un balance entre los derechos de autor y el acceso es de trascendental importancia en nuestros días, sobretudo desde la perspectiva de los países en desarrollo.

También en el mundo académico se ha comenzado a discutir acerca de “si el actual régimen no habrá ido demasiado lejos en el tema de la protección de los titulares de derechos de autor a expensas de los intereses públicos”,⁵⁵ lo cual claramente refleja esta mirada desde la perspectiva de la falta de balance.

Sin embargo, los participantes de este movimiento están de acuerdo en que, hasta hace no mucho tiempo, las discusiones que se sostenían en el foro de la OMPI estaban fuera de sintonía, e inclusive eran abiertamente contrarias,

⁵⁵ Id. Anterior.

a esta nueva tendencia. Estiman que, en los distintos regímenes de derecho de autor, no se ha hecho el ejercicio de otorgar más derechos a los consumidores, sino que, al contrario, la normativa internacional ha expandido los derechos de los titulares de derechos de autor, sin haber efectuado los necesarios estudios acerca de los efectos de esas normas en el público y en los consumidores. Es más, el acceso de muchos consumidores se habría visto severamente afectado ya que no estarían en condiciones de afrontar los altos precios monopólicos, asociados a los derechos de los titulares, alcanzados en base a esta normativa.⁵⁶

Ante esta compleja situación, la atención se ha centrado en los tratados internacionales, que a juicio de ellos, han omitido regular el tema del acceso al conocimiento, poniendo el mayor énfasis en la promoción e incluso expansión de los derechos de autor. Estiman que ello queda de manifiesto en los Tratados de la OMPI de Derecho de Autor y de Intérpretes y Fonogramas, la Directiva Europea de Derechos de Autor, y la Ley de Derechos de Autor para el Milenio Digital o DMCA norteamericana, entre otros.

Se suma a lo anterior una alta tasa de tratados bilaterales que, por la vía de los acuerdos particulares, incrementan aún más los niveles de protección de los derechos de autor. Si a ello sumamos la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida, contenida en el artículo 4º del Tratado sobre Aspectos Relacionados con la Propiedad Intelectual (TRIPS / ADPIC), el resultado serán altos estándares de protección para quienes detentan la titularidad de los derechos autorales.

Sin desconocer los enormes beneficios que ello representa, tanto para la población como para las economías, los partidarios del movimiento A2K

⁵⁶ Id. Anterior.

reclaman un ajuste en este estado de cosas, al que llaman desbalance o desequilibrio. Estiman que “para los países en desarrollo el siglo que viene, en que el crecimiento estará basado en el conocimiento, conlleva dos prioridades básicas. La primera es que deben prestarle atención urgente a estimular la inversión en capital humano, y ello se traduce principalmente en inversión en salud y educación. La segunda prioridad básica es pensar creativamente en modelos de administración para la producción de conocimiento que maximicen la dispersión de los beneficios del conocimiento y que minimicen el costo social de acumular conocimiento”.⁵⁷

Este pensamiento es la base del movimiento que ha tratado de promover una “Agenda para el Desarrollo” en el foro de OMPI, sosteniendo que el progreso armónico, en lo social y en lo económico, pasa necesariamente por un ajuste en las funciones de este órgano internacional, que tome en consideraciones las demandas de las naciones en desarrollo en torno a acceder al conocimiento en una proporción similar a la que brindan protección a los derechos de autor.

Algunas asociaciones civiles no gubernamentales están promoviendo la suscripción de un texto, llamado “Declaración de Ginebra sobre el Futuro de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y de Apoyo a una Agenda para el Desarrollo”, en el que, en duros términos, enrostran a la OMPI su falta de promoción del acceso al conocimiento a la par de la de los derechos de los autores. La declaración señala que: “Debe haber una moratoria sobre nuevos tratados y la armonización de estándares que expanden y refuerzan los monopolios y que luego restringen el acceso al conocimiento. Por generaciones la OMPI ha respondido primordialmente a las estrechas preocupaciones de poderosas editoriales, empresas farmacéuticas, productores de vegetales y

⁵⁷ A2K: ACCESS TO KNOWLEDGE = MAKE IT HAPPEN. [en línea] En: <<http://www.indicare.org>> [consulta: 12.11.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.

otros intereses comerciales. Recientemente la OMPI se ha vuelto más abierta a la sociedad civil y a los grupos de interés público, y dicha apertura es bienvenida. Pero la OMPI debe ahora abordar las preocupaciones substantivas de estos grupos, tales como la protección de los derechos del consumidor y los derechos humanos. Se debe dar prioridad entonces a las largamente desatendidas preocupaciones por los pobres, enfermos, discapacitados visuales, entre otros.”⁵⁸

A través de esta declaración pretenden incorporar en la agenda de la Organización, dependiente de Naciones Unidas, la posibilidad de comenzar a discutir sobre un Tratado de Acceso al Conocimiento y las Tecnologías, del que ya circulan borradores con propuestas de articulado. La meta: “restaurar el inestable balance existente entre los intereses de los titulares de derechos exclusivos sobre los contenidos creativos y los usuarios de dicho contenido”.⁵⁹

Nos inclinamos a pensar, en este punto del análisis, que la iniciativa A2K y la incorporación del tema del Acceso a la Cultura dentro de la agenda del principal organismo internacional en materias de derecho de autor, la OMPI, constituye un valioso aporte, cuyo proceso merece la pena de ser seguido detenidamente. Ello, toda vez que, como hemos visto en este capítulo, un sector importante del mundo académico, sostiene que el siglo que comienza se centrará en el acceso al conocimiento, las ciencias, la tecnología y la cultura en general, adquiriendo una importancia incluso mayor a la que actualmente atribuimos a la propiedad sobre los bienes corporales, en el sentido más clásico, constituyéndose en un proceso que, probablemente en corto tiempo, no podremos desconocer.

⁵⁸ DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE EL FUTURO DE LA OMPI. [en línea] En: <<http://peru.cpsr.org>> [consulta: 04.12.2006].

⁵⁹ A2K: ACCESS TO KNOWLEDGE = MAKE IT HAPPEN. [en línea] En: <<http://www.indicare.org>> [consulta: 12.11.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.

CAPÍTULO III

EL DERECHO DE AUTOR EN LOS ACUERDOS COMERCIALES

En las últimas décadas hemos sido espectadores del progresivo proceso de apertura de nuestro país hacia el exterior, mediante el fortalecimiento de sus relaciones internacionales, lo que ha redundado en la negociación y suscripción de numerosos tratados bilaterales.

Estos tratados, naturalmente orientados a la regulación de materias comerciales tales como la desgravación de productos de toda clase, la creación de zonas de libre comercio, fortalecimiento de las normas aduaneras, entre otras, han comenzado a recoger temas que tradicionalmente no estaban contemplados a la hora de negociarlos. Así ha sucedido con la propiedad intelectual en general, y en específico, con los derechos de autor, marcas y patentes, por ejemplo, que de un tiempo a esta parte han pasado a ser un tema regular en la agenda comercial de los países interesados en suscribir tratados bilaterales de última generación.

Ahora bien, dentro de los tratados recientemente suscritos y ratificados por Chile, y que comprenden, entre las materias que regulan, a la propiedad intelectual, destacan el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos (TLC) y el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea (AA), desde perspectivas totalmente diversas. El primero de ellos, aborda los temas que trata desde una perspectiva eminentemente comercial y jurídica, entregando normas detalladas para cada uno de ellos, las que, incluso, van más allá de los estándares internacionalmente fijados, cuando menos a lo que en materia de propiedad intelectual se refiere. En tanto, el Acuerdo de Asociación, tal y como lo indica su nombre, tiene una perspectiva que vela por el fomento de las relaciones de cooperación mutua y alianza entre las partes contratantes, es por

ello que, en lugar de entregar una exhaustiva regulación de materias, se enfoca en criterios y principios fundamentales, y entrega las bases de una colaboración que va más allá de las normas particulares que las partes deben implementar, como un estándar mínimo deseable, en sus legislaciones nacionales.

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

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

3.1 Tratado de Libre Comercio Chile-Estados Unidos

A continuación, se analizarán los contenidos de este Tratado, clasificado también como uno de “cuarta generación plus”, ya que trasciende el ámbito exclusivamente económico, extendiendo sus acuerdos a aquellos de carácter comercial, e incorporando compromisos en el ámbito político y el de la cooperación, con la finalidad última de lograr la creación de un área de libre comercio entre las partes signatarias.

3.1.1 Breves Antecedentes de la Negociación

A fines del año 2000 Chile y Estados Unidos dieron inicio al proceso de negociaciones tendientes a lograr un Tratado de Libre Comercio (TLC) entre ambos países. Luego de sucesivas rondas de negociaciones, fue finalmente suscrito por las partes el día 06 de Junio de 2003, para entrar en vigor el 01 de Enero de 2004.

El acercamiento entre ambos países había comenzado varios años antes, a fines de 1994, cuando los países del Tratado de Libre Comercio de Norteamérica, conocido como NAFTA, (Estados Unidos, Canadá y México) invitaron a Chile a incorporarse a dicho acuerdo comercial. Sin embargo, las conversaciones no prosperaron en ese momento, por lo que Chile inició, en 1995, negociaciones bilaterales con Canadá, las que culminaron en la suscripción de un Tratado de Libre Comercio tipo NAFTA en 1996. Luego, en 1997, se renegoció el acuerdo comercial bilateral vigente con México para avanzar hacia un acuerdo de última generación (que abarcara el conjunto de materias relativas al comercio de bienes, servicios e inversión).

En 1998, con ocasión de la visita oficial del Presidente Bill Clinton a Chile, fue creada la “Comisión Conjunta Chile - Estados Unidos de Comercio e Inversión”, con el propósito de tratar al más alto nivel político el conjunto de los temas relativos a las relaciones económicas, a nivel bilateral, regional (ALCA o Área de Libre Comercio de las Américas, y APEC o Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico), y multilateral. A partir de esa fecha, y hasta la constitución de los equipos de negociaciones del TLC, expertos de ambos países trabajaron en importantes temas comerciales en distintos grupos técnicos, labor que se convirtió en un insumo básico para los negociadores, y que abarcaron áreas de negociación tan variadas como las de servicios, inversiones, compras de gobierno, comercio electrónico, normas técnicas y

estándares, visas de negocios, asuntos laborales y ambientales, y participación de la sociedad civil.

Como es dable recordar, en las semanas previas a la Reunión de Líderes del APEC, realizada en Noviembre de 2000 en Brunei, se fue creando un clima propicio para avanzar en iniciativas de libre comercio. En esa fecha, se anunció la suscripción de un acuerdo entre Nueva Zelanda y Singapur, y también el inicio de negociaciones entre Estados Unidos y Singapur. En ese marco, los mandatarios de Chile y Estados Unidos retomaron la conversación sobre la posibilidad de un acuerdo bilateral.

A fines de Noviembre de 2000, en Estados Unidos, el Presidente de la época, Ricardo Lagos Escobar, anunció que tras conversaciones con su par estadounidense en ese momento, Bill Clinton, acordaron iniciar inmediatamente la negociación de un Tratado de Libre Comercio.

3.1.2 Contenidos

Veinticuatro capítulos componen el extenso texto del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Estados Unidos. Ellos abarcan materias muy diversas, cuyo objetivo en común es lograr un comercio libre o intercambio entre las partes de carácter equilibrado e integral.

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

por supuesto disposiciones sobre propiedad intelectual, en el Capítulo Diecisiete.

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

No obstante ello, la protección y promoción de los derechos de propiedad intelectual, en general, y de autor, en particular, subyacen a todo el Tratado, tal como queda de manifiesto en la declaración de intenciones de las Partes, que da comienzo al mismo, en que se señala que éstas han acordado la regulación que este instrumento contiene en orden a “ESTIMULAR la creatividad y la innovación y promover el comercio de mercancías y servicios que sean objeto de derechos de propiedad intelectual”.⁶⁰ De similar forma sucede en la sección de objetivos generales del TLC, que indica como uno de ellos el “proteger en forma adecuada y eficaz y hacer valer los derechos de propiedad intelectual en el territorio de cada una de las Partes”.⁶¹

Los artículos 17.5, 17.6 y 17.7 del Capítulo Diecisiete, que regulan los derechos de autor, los derechos conexos y las obligaciones comunes a ambos, respectivamente, constituirán el objeto de estudio específico de la presente tesis. No obstante ello, las restantes normas serán también analizadas con

⁶⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Pág. 2.

⁶¹ Id. Anterior. Capítulo Uno: Disposiciones Iniciales. Artículo 1.2.1.e). Pág. 3.

cierta profundidad, en tanto entregan disposiciones aplicables a los derechos de propiedad intelectual en general, y resulten atingentes al presente análisis.

3.1.3 Técnicas Jurídicas Utilizadas

El Capítulo sobre Derechos de Propiedad Intelectual del TLC abre con una declaración de intenciones de las partes suscriptoras, en ella se reconocen como bases para este instrumento los tratados internacionales existentes en materia de propiedad intelectual, y fundamentalmente el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC).

Se reconocen también como objetivos específicos del acuerdo en esta materia “el reducir las distorsiones del comercio y los obstáculos al mismo entre las Partes” y “mejorar los sistemas de propiedad intelectual de ambas Partes para dar cuenta de los últimos avances tecnológicos y garantizar que las medidas y procedimientos destinados a hacer respetar dichos derechos no se conviertan en obstáculos al comercio legítimo”.⁶²

En lo que respecta al acceso a la cultura las Partes culminan la sección declarativa del capítulo señalando que reconocen “la necesidad de lograr un equilibrio entre los derechos de los titulares y los legítimos intereses de los usuarios y de la comunidad en relación con las obras protegidas”.⁶³

En materia de disposiciones de aplicación general al capítulo en comento, encontramos una sección (17.1) que contempla los principios

⁶² Id. Anterior. Capítulo Diecisiete. Pág. 187.

⁶³ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete. Pág. 188.

aplicables y los compromisos que ambas Partes deberán asumir en materia de propiedad intelectual.

En primer término esta sección nos indica que las normas contempladas en este Capítulo constituyen un mínimo que ambas Partes deberán respetar, no obstante a ello que la Parte interesada pueda establecer en su legislación interna una protección más amplia que la aquí indicada, siempre que no infrinja sus disposiciones. Esta norma resultará relevante cuando analicemos los efectos del TLC en nuestra legislación interna, para lo que es menester tener absolutamente claro cuál es el estándar de protección comprometido: el tratado fija un mínimo necesario, todo lo que exceda de ello resultará voluntario para las partes.

Luego, se establece el compromiso de las Partes de ratificar o adherir a una serie de tratados dentro de distintos plazos. Así, para antes del 01 de Enero de 2007 las Partes se comprometen a ratificar el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (conocido por la sigla “PCT” o Patent Cooperation Treaty), lo que a esta fecha, ya vencido dicho plazo, Chile no ha efectuado por hallarse en trámite su ratificación por parte del Congreso, encontrándose en incumplimiento de lo pactado.

Dicho Tratado, concertado en 1970, fue enmendado en 1979 y modificado en 1984, siendo actualmente administrado por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI). El documento se encuentra abierto a los Estados que forman parte del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial. Su objetivo es proteger, a través del otorgamiento de una patente, una invención en un gran número de países simultáneamente, a través de la presentación de solicitudes de carácter internacional, en la oficina nacional de patentes del Estado que corresponda a la nacionalidad o domicilio de la persona solicitante o, a decisión de éste, en la Oficina Internacional de la OMPI

en Ginebra. Luego, se realiza una búsqueda internacional por parte de alguna de las principales oficinas nacionales de patentes, generando un "informe de búsqueda internacional", que consiste en un detalle de citas de los diferentes documentos publicados que, de alguna forma, afecten la patentabilidad de la invención de la solicitud internacional.

No obstante lo anterior, y tal como señalábamos, Chile no ha ratificado este Tratado en la fecha pactada, y si bien la Ley de Propiedad Industrial fue recientemente modificada mediante la Ley N° 20.160, de Enero de 2007, en materia de patentes sólo encontramos una disposición nueva que trata sobre la prioridad de un año para la solicitud en Chile de una patente en el caso que la misma haya sido previamente requerida en el extranjero,⁶⁴ sin embargo nada se dice aún en la Ley respecto de las solicitudes internacionales de patentes.

A continuación el TLC señala que, para antes del 01 de Enero del 2009, las Partes deberán ratificar o adherirse a otra serie de instrumentos internacionales, relativos a:

- a. La protección de nuevas variedades vegetales, conocida como “Convención Internacional sobre la Protección de Nuevas Variedades de Plantas”, de 1991. El contenido de este instrumento dice relación con la protección que los Estados contratantes deberán brindar a quienes obtengan nuevas variedades vegetales.
- b. Los derechos marcarios, en virtud del “Tratado sobre Derechos de Marcas” del año 1994, cuyo objetivo fundamental es desarrollar procedimientos que permitan que el uso de los sistemas de registro de marcas, tanto nacionales como regionales, sea más

⁶⁴ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. D.F.L. N° 3: Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, Marzo de 2006. 70 pp. Artículo 34.

cómodo y seguro para los titulares de las marcas y sus representantes; y

- c. La distribución de señales portadoras de programas transmitidos por satélite, cuyo Convenio lleva el mismo nombre, y que data del año 1974; tiene por objetivo principal reglamentar a nivel internacional la prohibición de difundir señales portadoras de programas transmitidos por satélite, a distribuidores a los cuales dichas señales no estén destinadas.

Ninguno de los anteriores tratados mencionados se encuentra siquiera en proceso de iniciar el trámite de ratificación ante el Congreso Nacional chileno, por lo que aún resulta incierto determinar si se dará cumplimiento o no a lo pactado en el TLC a este respecto.

En una última categoría, quedan aquellos instrumentos a los que las Partes deberán adherirse sin un plazo determinado asociado, sino haciendo “esfuerzos razonables” para ello. Estos dicen relación con Derechos de Patentes, Depósito Internacional de Diseños Industriales y Registro Internacional de Marcas. Cabe destacar que ninguno de los convenios antes mencionados recae en tratados internacionales específicamente orientados a la protección del derecho de autor, propiamente tal, o que digan relación con la promoción del acceso a la cultura.

Brevemente, podemos señalar que el objetivo del Tratado sobre Derecho de Patentes (“PLT” o Patent Law Treaty), del año 2000, es armonizar y simplificar los procedimientos para la obtención de dichos privilegios a nivel internacional. En tanto, el Acuerdo de la Haya sobre el Depósito Internacional de Diseños Industriales (1999) tiene como objetivo fundamental la protección de dibujos y modelos industriales en varios países a través de un procedimiento simple, que consiste en un único depósito “internacional” hecho en inglés o

francés, sujeto al desembolso de un número determinado de tasas en una sola moneda, y para luego ser presentado en una oficina (por ejemplo, la Oficina Internacional de la OMPI o, en algunos casos, a través de la oficina nacional de un país contratante). Finalmente, el Protocolo referente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas, de 1989, busca proteger dichas marcas en un gran número de países, organizando así un registro internacional que se hace efectivo en cada uno de los países que hayan sido considerados en la solicitud internacional.

En suma, como podemos apreciar del listado de tratados referidos en el Capítulo Diecisiete del TLC, parece subyacer el propósito de establecer amplios parámetros para la protección de una vasta gama de materias, entre los que se cuentan desde privilegios industriales, tales como marcas, patentes y diseños industriales, hasta señales satelitales y nuevas variedades de especies vegetales. Adicionalmente, se aprecia la intención de las Partes en cuanto a lograr una estandarización internacional de protección respecto de estos temas, mediante la concesión de derechos de preferencia para la presentación de las solicitudes, homogeneización de los procedimientos de solicitud de los privilegios, y fortalecimiento de los derechos que los titulares podrán ejercer con exclusividad respecto de los objetos protegidos.

En otra disposición general de relevancia,⁶⁵ se enfatiza la importancia y respeto de los derechos y obligaciones que emanan del Acuerdo sobre los ADPIC y otros tratados multilaterales que existan al amparo de la OMPI, estipulándose que las normas de este capítulo del TLC no podrán ir en detrimento de las normas establecidos en ellos.

⁶⁵ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.1(5).

El principio de “Trato Nacional” es también recogido en este tratado, como ha acostumbrado a hacerse desde los tratados clásicos que regulan materias relativas a la propiedad intelectual. En virtud de él “cada Parte otorgará a las personas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propias personas con respecto a la protección y goce de dichos derechos de propiedad intelectual y los beneficios que deriven de los mismos”.⁶⁶

La misma norma exceptúa de la aplicación de este principio a los casos en que hubiere algún uso secundario de fonogramas (por ejemplo, inclusión del fonograma en una película, utilización de música grabada en lugares públicos como bares, negocios, radio y televisión) por medio de comunicaciones analógicas y radiodifusión libre inalámbrica. Aquí el TLC permite que, eventualmente, una de las partes limite los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes o productores que sean nacionales de la contraparte, a los derechos que éstos reciben en su propio país, evitando, por tanto, equipararlos a sus nacionales en este caso particular.

Otra excepción al principio de trato nacional viene dada por el artículo 17.1(7) que señala que cada parte puede derogar lo que se dispone en el 17.1(6), recién analizado, “respecto de sus procedimientos judiciales y administrativos, incluida la designación de un domicilio legal o el nombramiento de un agente dentro de la jurisdicción de esa Parte”, únicamente cuando dicha derogación sea necesaria para obtener el cumplimiento de leyes y reglamentos que no resulten incompatibles con las disposiciones del Capítulo Diecisiete. Adicionalmente, se adopta como resguardo el disponer que esta práctica no deba constituir una restricción encubierta del comercio.

Por su parte, el 17.1(8) contempla que los párrafos 6 y 7, esto es, principio de trato nacional y sus dos excepciones, no sean aplicables a aquellos

⁶⁶ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.1(6).

procedimientos destinados a la adquisición o mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual, que se encuentren estipulados en acuerdos multilaterales concertados bajo los auspicios de la OMPI.

Respecto de su vigencia y aplicación, se contemplan disposiciones tendientes a establecer que este capítulo no generará obligaciones respecto de actos realizados antes de la fecha de entrada en vigor de este Tratado, 17.1(9); así como tampoco generará obligaciones de manera retroactiva para las Partes, 17.1(10), salvo disposición en contrario del Capítulo 17 del TLC. Además las partes no estarán obligadas a restablecer la protección a aquellas obras que hayan pasado al dominio público a la fecha de entrada en vigor del TLC, 17.1(11).

En todo caso la norma del 17.1(10) hace la salvedad respecto a que “en lo concerniente a los párrafos 10 (irretroactividad) y 11 (dominio público), las obligaciones de protección mediante derechos de autor y derechos conexos, relacionadas con obras y fonogramas existentes, se determinarán únicamente con arreglo al artículo 17.7(7)”.⁶⁷ Esta última norma, inserta en la sección sobre Obligaciones Comunes al Derecho de Autor y Derechos Conexos, se remite, a su vez, al artículo 18 del Convenio de Berna, que establece el principio de no retroactividad de la protección del derecho de autor, haciéndolo aplicable “*mutatis mutandi*”⁶⁸ a toda la protección de los derechos de autor, derechos conexos y medidas tecnológicas efectivas e información sobre gestión de derechos señalada en los artículos 17.5 (derechos de autor), 17.6 (derechos conexos) y 17.7 (obligaciones comunes).⁶⁹

⁶⁷ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.1(10).

⁶⁸ Latin. “Mutatis Mutandi”: “Cambiando lo que se deba cambiar”.

⁶⁹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.7(7).

El citado artículo 18 del Convenio de Berna regula en qué casos resulta aplicable la protección a una obra existente, estableciendo como principio de aplicación general el de la irretroactividad de la protección del derecho de autor, que el TLC se encarga de dar por reproducido para sus propios efectos. En este sentido el Convenio de Berna estipula que: 1º) la protección aplica a todas aquellas obras que no hayan pasado al dominio público en su país de origen, por expiración del plazo de protección, a la fecha de entrada en vigor del tratado. 2º) Si el plazo de protección hubiese expirado y la obra pasado a dominio público, ésta no podrá protegerse en el país en que dicha protección se reclame. 3º) La aplicación de este principio de no retroactividad se hará de acuerdo a las estipulaciones que las Partes establezcan en convenios especiales suscritos con otros países miembro del Convenio de Berna y, si ello no sucede, cada una de las Partes deberá regular la modalidad de aplicación del principio, en lo que a ella le concierne. 4º) Se establecen los casos especiales, tales como nuevas adhesiones y ampliación de la protección por modificación en sus plazos de vigencia, o por renuncia o reserva, en que será igualmente aplicable el principio antes descrito.

En suma, el TLC se remite al Convenio de Berna en lo que respecta a derechos de autor y derechos conexos relacionados con obras y fonogramas existentes, por lo que en dichas materias, en principio, se aplicaría estrictamente el principio de irretroactividad de la protección de la propiedad intelectual; ello a diferencia de lo que ocurriría con el resto de las materias, no exceptuadas por el artículo 17.1(10), en que habría lugar a la retroactividad de la protección por acuerdo de las partes expresado en el capítulo respectivo de este Tratado, tal como podría llegar a suceder con las materias mencionadas en el artículo 17.7(7), esto es derechos de autor, derechos conexos y medidas tecnológicas efectivas e información sobre gestión de derechos, en que la aplicación del Convenio de Berna y su principio de irretroactividad puede llegar a ser relativizado, según se señala textualmente (*mutatis mutandi*).

Las normas de cierre del Capítulo Diecisiete refuerzan lo ya expuesto respecto de la vigencia y aplicabilidad de sus normas. Así, en la sección 17.12 sobre Disposiciones Finales, reiteran que la norma general es que las disposiciones de este capítulo entren en vigor en la fecha de su propia entrada en vigencia, salvo disposición en contrario.

Ahora bien, el TLC contempla la posibilidad de que algunas de las obligaciones que consigna este capítulo hagan necesario modificaciones legales internas para su plena implementación, o de recursos económicos adicionales, en dichos casos y respecto de materias relativas a derechos de autor y derechos conexos se han establecido los siguientes plazos adicionales: dos años a contar de la entrada en vigencia del TLC para los artículos 17.5(1) y 17.6(1) sobre copias temporales;⁷⁰ cuatro años, contados de igual manera, para el artículo 17.6(5) en lo que dice relación con derecho de comunicación al público y transmisiones digitales no interactivas, para los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas;⁷¹ y, cinco años en lo referente a las medidas tecnológicas efectivas.⁷² Estos plazos de vacancia buscan otorgar a nuestro país un plazo adicional para implementar la debida regulación de estas materias que, a la fecha, carecen de toda normativa específica, y que con el TLC han comenzado a ser discutidas con el fin de regular su posterior implementación, como se analizará más adelante en esta tesis.

De vuelta a las disposiciones generales, el capítulo Diecisiete busca garantizar a las Partes la publicidad de la normativa y procedimientos relacionados con los asuntos de propiedad intelectual dentro de sus países y en su propio idioma;⁷³ y también asegura que cada una de ellas podrá “adoptar las

⁷⁰ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.12(2)(a).

⁷¹ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.12(2)(b).

⁷² Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.12(2)(c).

⁷³ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.1(12).

medidas necesarias para prevenir prácticas anticompetitivas que pudieran resultar del abuso de los derechos de propiedad intelectual contemplados en este Capítulo”.⁷⁴

Finalmente, esta sección cierra con una cláusula orientada a estimular la cooperación de las partes, mediante proyectos de educación y difusión del uso de la propiedad intelectual y su observancia; capacitación y cursos de especialización e intercambio entre las oficinas de propiedad intelectual de ambas Partes; y, aumentar los sistemas electrónicos que se utilizan para administrar la propiedad intelectual.⁷⁵

A continuación, en la geografía del capítulo 17 del TLC encontramos los artículos relativos a Marcas de fábrica o de comercio (17.2), Nombres de dominio en Internet (17.3), e Indicaciones geográficas (17.4), los que no serán analizados por no relacionarse con la materia en estudio.

En la sección propiamente destinada a los derechos de autor, (17.5), encontramos una primera nota que nos indica que este artículo del tratado entrará en vigencia a la fecha de entrada en vigor del tratado, esto el 01 de Enero de 2004, salvo las materias excepcionadas en el artículo 17.12(2), que ya analizamos a propósito de la vigencia y retroactividad del TLC, esto es, un plazo de dos años adicionales para el caso de las copias temporales, respecto de las cuales el autor puede ejercer el derecho de reproducción que menciona la norma del 17.5(1).⁷⁶

Abriendo este artículo 17.5 encontramos sólo tres numerales que regulan los derechos patrimoniales respecto de las obras literarias o artísticas, ellos son: (i) reproducción, en el numeral 1, (ii) comunicación al público y (iii) puesta a

⁷⁴ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.1(13).

⁷⁵ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.1(14).

⁷⁶ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.5, nota al pie.

disposición del público, en los numerales 2 y 3, respectivamente; y junto a ello se consigna la forma de calcular el plazo de protección de una obra, en el numeral 4. Estos constituyen los estándares mínimos a los que se obligan las Partes mediante este tratado y capítulo.

Lo primero que destaca en esta sección del artículo es la nota que nos indica que, para los efectos de interpretar este capítulo, el vocablo “autores” comprende a “quienes hayan adquirido el derecho respectivo de conformidad con la ley”,⁷⁷ esto es, los titulares de derechos de autor, ya sean estos creadores o titulares originarios, o titulares secundarios. Pues bien, una vez determinado el sujeto a que las normas confieren los derechos mencionados, podemos sostener que respecto del primero de ellos, el de reproducción, destaca que se le confiere el derecho de autorizarla o prohibirla, de cualquier manera o forma, ya sea permanente o temporal. La misma norma nos indica que queda expresamente incluido el “almacenamiento temporal en forma electrónica”, esto es por medios electrónicos, por ejemplo la red Internet, donde este almacenamiento o copia temporal es frecuente a la hora de acceder a contenidos digitales en forma electrónica, esto es precisamente lo que cuenta con el plazo adicional de 2 años contados desde la vigencia del Tratado para ser implementado.

Es interesante ver que se hace una referencia semejante a propósito de la regulación de la comunicación al público de las obras, confiriendo las mismas facultades al autor de autorizarla o prohibirla, ya sea por medios alámbricos o inalámbricos, incluyéndose aquí la puesta a disposición del público de una obra por medios electrónicos. Esta se caracteriza, principalmente, porque el público puede acceder a ella desde el lugar y momento que él escoja, y no necesariamente de manera simultánea con la comunicación que hace el creador.

⁷⁷ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.5(1), nota al pie.

Respecto a la puesta a disposición al público, o distribución, del original o copias de una obra literaria o artística, que se regula en el numeral 3, es interesante observar que el texto del tratado hace una diferencia al utilizar sólo el verbo rector “autorizar”, dejando de lado el prohibir como sucedía a propósito de los dos derechos antes mencionados.

El derecho del autor consistirá, en este caso, en “autorizar la puesta a disposición del público del original, y de las copias de sus obras mediante venta u otra transferencia de propiedad”. Una nota aclaratoria⁷⁸ se encarga de precisar que las expresiones “copia” y “original y copias” se refieren exclusivamente a los ejemplares o copias físicas, fijadas, que se pueden poner materialmente en circulación.⁷⁹ Por tanto, podemos sostener que el TLC no contempla la posibilidad de distribuir una obra en formato electrónico o digitalmente “mediante venta u otra transferencia de propiedad”, ya que ello se encuentra reservado solamente para los ejemplares que tienen una cierta materialidad, según indica el numeral 3, dejando a salvo la puesta a disposición del público electrónica (numeral 2) como parte del proceso de comunicación al público de la obra, entendiendo, al parecer, que por dicho medio, no se ha producido enajenación alguna.

Como consecuencia de esta interpretación, el efecto principal de la distribución o puesta a disposición del público de una obra, realizada por medios electrónicos, sería el que ésta no podría tener la facultad de transferir el dominio, como sí sucede con los ejemplares físicos. Así, el autor conservaría plenamente el control de la obra, pudiendo aplicar sobre ella medidas de protección tecnológica, de administración de su uso, y de otra naturaleza, sin

⁷⁸ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.5(3), nota al pie.

⁷⁹ De similar manera lo entiende la Ley de Propiedad Intelectual chilena, N° 17.336, que en su artículo 5º, letra q) define el derecho de distribución como “la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia.”

limitación. Esto inclusive, podría poner en tela de juicio la libertad de acceso del público a la obra “desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija”, como la misma norma señala.

Finalmente, en cuanto a los plazos de protección de las obras,⁸⁰ en primer lugar, podemos señalar que se ha garantizado un mínimo de 70 años contados desde la muerte del autor, lo cual resulta ser muy superior a los 50 años, contados desde el mismo evento, que se concedían en nuestro país hasta antes de la suscripción del TLC. Luego, se sigue una distinción utilizada en tratados como ADPIC Y TRIPS, en cuanto a distinguir para el cómputo de este plazo si el cálculo se hará en base a la vida de una persona natural o no. Si se hace en base a este criterio, el plazo mínimo de protección no debe ser inferior a la vida del autor más 70 años contados desde su fallecimiento. De lo contrario, los 70 años se contarán desde el final del año civil de la primera publicación autorizada de la obra, y si no ha mediado esta publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años contados desde su creación, se contabilizarán los 70 años desde el final del año civil en que fuera creada la obra.

El artículo 17.6 del TLC regula los derechos conexos, comenzando por la reproducción⁸¹ y puesta a disposición al público,⁸² ambos en términos similares a los expuestos en materia de derechos de autor. Lógicamente el sujeto cambia, y en el caso de los derechos conexos este será el artista intérprete o ejecutante y el productor de fonogramas, ambas referencias deben también entenderse hechas a quienes detenten el derecho respectivo por haberlo adquirido en conformidad a la ley, esto es, los titulares de derechos conexos.

⁸⁰ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.5(4).

⁸¹ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(1).

⁸² Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(2).

A estos dos derechos debemos agregar el principio de reciprocidad que establece el numeral 3, del artículo 17.6, en términos de que cada Parte debe otorgar los derechos previstos por el TLC para los derechos conexos, a los intérpretes o ejecutantes y a los productores de fonogramas de la otra Parte, y a la primera fijación o publicación de las interpretaciones o ejecuciones o fonogramas.

Además, cada Parte debe conceder a los intérpretes o ejecutantes el derecho de autorizar o prohibir la radiodifusión y comunicación al público de sus interpretaciones o ejecuciones no fijadas,⁸³ y la fijación de dichas obras.⁸⁴ También se deja entregado a la regulación interna de las Partes el derecho de autorizar o prohibir la comunicación al público de sus obras fijadas por cualquier medio, incluidos los electrónicos,⁸⁵ así como la reglamentación en cada legislación nacional de las comunicaciones analógicas y radiodifusión libre inalámbrica de interpretaciones o ejecuciones o fonogramas, y de las excepciones y limitaciones a ellas, incluidas las licencias obligatorias, que pudiesen configurarse, respetando siempre la regla de los 3 pasos del Convenio de Berna, que el TLC reproduce en el artículo 17.7(3).⁸⁶

Adicionalmente, encontramos una norma sobre la obligación de las Partes de no sujetar a formalidad alguna el goce y ejercicio de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas.⁸⁷ En materia de plazos de protección, la norma del 17.7(7), indica que el mínimo será de 70 años, al igual que en materia de derechos de autor, entregando normas para su cómputo en caso de que se calcule sobre una base distinta a la vida de

⁸³ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(4)(a).

⁸⁴ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(4)(b).

⁸⁵ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(5)(a).

⁸⁶ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(5)(b).

⁸⁷ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.6(6).

una persona natural, en términos bastante similares a los ya consignados a propósito de los derechos autorales.

Finalmente, el artículo 17.6 cierra con una serie de definiciones, en el numeral 8, no sólo aplicables a este artículo sobre derechos conexos, sino también al de derechos de autor en cuanto dicen relación con los artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, y a las obligaciones comunes a ambos derechos, las que se regulan en el artículo 17.7. Los conceptos definidos son: a) artistas intérpretes o ejecutantes, b) fonogramas, c) fijación, d) productor de fonogramas, e) publicación, f) radiodifusión, y g) comunicación al público.

En cuanto a las obligaciones comunes a ambos derechos, de autor y conexos,⁸⁸ el TLC nos entrega distintas disposiciones que permiten armonizarlos. Por ejemplo, respecto de los fonogramas, regula las autorizaciones concurrentes del autor y del artista intérprete o ejecutante y el productor de fonogramas, ya que ninguna de ellas debe de faltar en estos casos [17.7(1)].

Por otra parte, se plasma la obligación de las Partes de establecer que los derechos patrimoniales en materia de derechos de autor y conexos son libremente transferibles, y se garantiza que quien los adquiera podrá ejercerlos a su nombre y gozar de los beneficios derivados de ello, incluso cuando dicha adquisición de derechos tenga su origen en un contrato de trabajo.⁸⁹

Adicionalmente, se establece que, para las Partes, es facultativo establecer qué tipo de contratos de trabajo, que comprendan la creación de una obra, implican transferencia de derechos económicos, a falta de un acuerdo

⁸⁸ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.7.

⁸⁹ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.7(2), letra (a).

escrito; y cuales son los límites razonables aplicables a la libre transferencia de derechos, con miras a prevenir la lesión de los intereses legítimos de los titulares originarios, y considerando los legítimos intereses de los cesionarios.⁹⁰

En los supuestos mencionados, el TLC pone especial interés en que las partes se preocupen de clarificar, en sus legislaciones internas, la relación entre la libre transferencia de los derechos patrimoniales, de autor y conexos, y los intereses de los titulares originarios o creadores. Ello se hace más relevante cuando nos encontramos en el marco de una relación laboral, en la que el trabajador debe crear obras amparadas por estos derechos, lo que podría prestarse a confusión y eventuales litigios. En el ámbito nacional, nuestra Ley de Propiedad Intelectual vigente, cuenta desde el año 1990, con una norma que se refiere al tema de la titularidad de derechos en relación al software producido en el marco del desempeño de una función laboral, en el artículo 8º, inciso 2º, dando cumplimiento parcial a lo pactado en el tratado, ya que sólo aplica a la creación de este tipo de obras en un entorno laboral, quedando pendientes de regular otros casos, tales como la creación de manuales, documentos, fotografías, etc.

El artículo 17.7(3) transcribe, y hace aplicable plenamente a este tratado, la regla internacional de los tres pasos, originaria del Convenio de Berna, en materia de establecimiento de excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Los tres pasos que condicionan su existencia son: 1) que se trate de casos especiales, 2) que no atenten contra la normal explotación de la obra, interpretación o ejecución o del fonograma, y 3) que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. Esta disposición deja la puerta abierta a que las legislaciones nacionales implementen más y mejores excepciones al derecho de autor, atendiendo a

⁹⁰ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.7(2), letra (b).

razones justificadas, y siempre y cuando se cumplan todos los requisitos mencionados.

En el numeral 4 del artículo 17.7, encontramos una interesante norma sobre la regularización del software que es utilizado a nivel gubernamental. A este respecto, podemos señalar que Chile se encuentra en mora de cumplir con las obligaciones que el numeral 4 de la norma le impone, constituyendo éste un importante obstáculo al adecuado cumplimiento de este Tratado, como se verá en el próximo capítulo, a propósito de las dificultades que ha presentado el proceso normativo adecuatorio.

En seguida, el artículo entrega una extensa y detallada regulación en materia de Medidas Tecnológicas Efectivas, o Medidas de Protección Tecnológica (MPT), y su elusión. En primer lugar es necesario citar la definición que sobre este concepto entrega el mismo tratado, en la letra f) del numeral 5, del artículo 17: “medida tecnológica efectiva significa cualquier tecnología, dispositivo o componente que, en el curso normal de sus operación, controle el acceso a una obra, interpretación o ejecución, fonograma, u otro material protegido, o proteja un derecho de autor u otros derechos conexos y que no pueden, de manera usual, ser eludidos accidentalmente”.

Al analizar la definición citada podemos ver que ella no se pronuncia sobre aquellas medidas tecnológicas orientadas a controlar la utilización de una obra determinada, circunscribiendo el concepto sólo a las medidas que dicen relación con el acceso. Si bien esto es similar en otros TLC estadounidenses suscritos con países sudamericanos, como es el caso de Perú y Colombia, refiriéndose también sólo a las MPT de acceso, debemos hacer presente que en ellos la definición se endurece al eliminarse la parte final de la definición, que salvaguarda una eventual elusión efectuada de manera accidental, ampliando la definición a un espectro mayor de casos que en el chileno.

La letra a) del numeral 5, del mismo artículo de nuestro TLC, señala expresamente que las Partes no tienen obligación de sancionar, ni civil ni penalmente, a quienes eludan las medidas existentes en una obra protegida, pero que no controlan su acceso. Esta excepción tampoco la encontramos en los TLC ni peruano ni colombiano. La conducta sancionada en el tratado chileno-norteamericano, en principio civilmente, en la citada disposición, es la de la “persona que, a sabiendas, elude sin autorización del titular del derecho o de la ley de conformidad con este Tratado, cualquier medida tecnológica efectiva que controle el acceso a una obra...”.

Adicionalmente las Partes se obligan a implementar medidas administrativas o civiles en contra de quien incurra en la conducta antes tipificada, y si ello se hiciera de forma “maliciosa y con propósitos comerciales prohibidos” deberá entonces implementar medidas de carácter penal, respecto de acciones tales como la fabricación, importación, distribución, venta o arriendo de dispositivos, productos o componentes o el suministro de servicios que se promocionen, publiciten o comercialicen con la finalidad de eludir una MPT, o cuya finalidad sea principalmente eludir una MPT, o que hayan sido diseñados, producidos, adaptados o ejecutados con la finalidad principal de permitir o facilitar la elusión de una MPT.⁹¹

Es interesante observar que este artículo contempla una serie de situaciones, tanto en la letra b) del numeral 5, como en la letra d), que principalmente se relacionan con actos que, en principio, podrían considerarse atentatorios contra una medida tecnológica efectiva, pero en que, atendiendo a elementos como la buena fe, desconocimiento del ilícito, adecuación tecnológica, ingeniería inversa, y usos no infractores, entre otros, autorizan a las Partes a establecer la correspondiente excepción o limitación a la

⁹¹ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.7(5) (b).

restricción. Para ello entrega un cierto margen de acción que puede resultarle conveniente dada su situación particular, habida cuenta que no existiría en ellos una finalidad de lucro por parte del infractor y no habría menoscabo a la protección legal del derecho de autor y conexos.

Destacan aquí “las actividades no infractoras de ingeniería inversa respecto a una copia obtenida legalmente de un programa de computación”, para lo cual el TLC exige la presencia de elementos como la buena fe, que la actividad se realice respecto de elementos específicos de dicho programa computacional; y que ellos no estén fácilmente disponibles para la persona; además el único propósito debe ser lograr la compatibilidad operativa de un programa con otros.

Una nota explicativa del TLC agrega que “se considerará que los elementos de un programa de computación no han sido puestos, fácilmente, a disposición de una persona que pretende llevar a cabo actividades de ingeniería inversa, no infractora, cuando ellos no pueden ser obtenidos de la literatura sobre la materia, del titular del derecho de autor, o de otras fuentes de dominio público.”⁹²

La regulación de las actividades de ingeniería inversa constituirá una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, cuando sea traspuesta a él, tanto desde la perspectiva legal como del acceso a la cultura, como veremos más adelante.

En suma, y para concluir el análisis del acápite sobre MPT, hacemos presente que la doctrina ha sostenido que “A la hora de negociar el TLC, EE.UU. ya contaba con una normativa interna, que de manera extremadamente detallada, brindaba una férrea protección las MPT, en tanto Chile carecía, y

⁹² Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.7(5) (d) (ii). Nota N° 20.

carece hasta hoy de una normativa al respecto. La redacción de las disposiciones del TLC, referentes a la protección jurídica de las MPT, corresponde al resultado final de las negociaciones entre las partes, en el curso de las cuales EE.UU. buscó en todo momento aproximar la futura regulación chilena a la normativa configurada por la DMCA”.⁹³ Ello explicaría, en parte, las razones de esta regulación tan exhaustiva a propósito de estas medidas de protección.

Como señalábamos, estas disposiciones anti-elusión, que los Estados Unidos han incluido en los capítulos sobre propiedad intelectual de los TLC bilaterales de los últimos años, tienen su origen en la Ley de Derecho de Autor del Milenio Digital norteamericana, conocida como Digital Millennium Copyright Act o DMCA. Ésta fue fuertemente criticada en el momento de su promulgación, ya que se sostenía que no se limitaba solamente a la implementación de normas anti-elusión basadas en el artículo 11 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor y en el artículo 18 del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, sino que iba mucho más allá de ellos.

Otras de las críticas aludían al excesivo enrevesamiento de las disposiciones, y la utilización de vocablos demasiados amplios e imprecisos, lo que podría tener consecuencias insospechadas sobre la educación y la investigación. No obstante ello, se ha destacado que algunos de los TLC, entre ellos el suscrito con Chile, gozan de un mayor grado de flexibilidad que otros en el proceso de implementación a nivel nacional, como ya habíamos indicado. Así también lo ha sostenido la abogada de la Electronic Frontier Foundation (EFF), Gwen Hinze, al señalar que “Por ejemplo, las cláusulas del TLC EE.UU.- Chile estipulan mayor flexibilidad en la redacción de sanciones civiles y penales en la

⁹³ CANALES L., María Paz y SOFFIA A., María del Pilar. Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía Alberto Cerda Silva. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2007. Pág. 272 y ss.

legislación doméstica de implementación y son, por tanto, menos pasibles de causar daños colaterales a la investigación científica y a las actividades educativas”.⁹⁴

En todo caso, debemos recordar que el TLC ha establecido parámetros mínimos que las partes deben cumplir, según se desprende de su artículo 17.1(1), y en este caso, respecto de las medidas de protección, deberán serlo para el 01 de Enero del año 2009 [artículo 17.12.2(c)]. En este sentido Chile se encuentra obligado sólo a cumplir con dichos mínimos, hasta que se encuentre en situación de imponer mayores sanciones para la infracción a las medidas de protección tecnológica o MPT, como es el caso norteamericano, siempre que ello no entre en conflicto con el derecho de acceso ni con el ejercicio legítimo de las excepciones y limitaciones al derecho de autor, disponiendo para ello del máximo de flexibilidad permitido por la redacción del TLC.

Por su parte, el artículo 17.7(6) contiene las normas reguladoras de la protección de la Información sobre Gestión de Derechos, que puede ser definida como aquella que permite la identificación de una obra determinada, incluyendo su autor, titular de derechos, términos y condiciones de utilización y número o código de identificación, de acuerdo a lo dispuesto por la letra (b) numerales (i), (ii) y (iii) del mismo. Las Partes se comprometen, respecto de esta información, a brindarle protección y a sancionar civilmente aquellas conductas en que el infractor, a sabiendas y sin autorización, pretenda alterarla, suprimirla, o distribuirla, o distribuya copias de determinada obra en base a información no fidedigna. Si dicha conducta fuere además maliciosa y con fines de lucro la sanción deberá ser de naturaleza penal, facultándose a las partes

⁹⁴ HINZE, Gwen. Siete recomendaciones sobre la implementación de medidas de protección tecnológica. [en línea] En: <<http://www.cpsr-peru.org/lpi/can/mpt/siete/siete.pdf>> [consulta: 06.03.2008].

para eximir de responsabilidad a organismos tales como bibliotecas e instituciones educacionales, entre otros, que no tengan dicho fin de lucro.⁹⁵

Seguido a este artículo encontramos el 17.8, sobre Protección de señales satelitales portadoras de programas codificados, 17.9 relativo a Patentes, y 17.10, sobre Medidas relativas a ciertos productos regulados, que exceden nuestro análisis actual.

Continuando con el examen del Capítulo 17, encontramos las normas sobre Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual (17.11), que establecen las obligaciones que corresponderán a las partes en orden a brindar adecuada protección en el ámbito administrativo y judicial a dichos derechos, y en particular también al derecho de autor. Para ello se disponen una serie de procedimientos y recursos de índole administrativo, civil, e incluso penal, en algunos casos de mayor gravedad, ante las infracciones de estos derechos.

Lo primero que cabe destacar, respecto de las Normas de Observancia para las materias reguladas en este Capítulo del TLC, es el respeto por la legislación interna de los Estados Parte, y del principio del debido proceso.⁹⁶ Además el Tratado no impone a las Partes la obligación de establecer un sistema judicial distinto o especial para resguardar los derechos de propiedad intelectual, ni a implantar una nueva distribución de los recursos para cumplir los fines que se señalan, no obstante las Partes deben cumplir dichos fines, sin excepción.⁹⁷

⁹⁵ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.7(6) (a).

⁹⁶ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(1).

⁹⁷ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(2).

En los numerales siguientes se dispone la escrituración de las decisiones sobre el fondo de los casos de aplicación general [17.11.(3)], y la publicidad de las medidas tendientes a reforzar las normas de observancia de los derechos de propiedad intelectual [17.11.(4)].

Adicionalmente, en el numeral 5 de este artículo, se dispone que deben ponerse al alcance, ante los actos de elusión de medidas de protección efectiva y los que afecten la protección de información sobre gestión de derechos, relativas a los derechos de autor y conexos, los recursos civiles que regula el artículo 17.11 del TLC. Mientras el numeral 6, estipula que las Partes dispondrán, en cuanto a los procedimientos civiles, penales y administrativos, de las presunciones de autoría de la letra (a) del artículo 17.11(6) y de las de subsistencia del derecho de autor o conexo, de la letra (b).

En materia de procedimientos y recursos civiles y administrativos, la regulación está dada por los numerales 7 al 21 del artículo 17.11, que en general contienen disposiciones sobre indemnizaciones en caso de infracciones a los derechos de propiedad intelectual, destino de las mercancías infractoras, medidas precautorias y de frontera.

Destacan dentro de estas medidas de naturaleza civil, la del numeral 9, que señala que las partes establecerán “indemnizaciones predeterminadas”, al menos respecto a las obras protegidas por derecho de autor o derechos conexos, y en casos de falsificación de marcas de fábrica o de comercio.

También encontramos normas relativas a medidas precautorias⁹⁸ y medidas en frontera,⁹⁹ que permitan al titular de derechos de autor o conexos

⁹⁸ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(15) y (16).

⁹⁹ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(17) a (21).

impedir el ingreso y comercialización de mercancías infractoras de dichos derechos.

Destaca también en esta sección del capítulo el numeral 22, sobre establecimiento de procedimientos y recursos penales para los casos de falsificación dolosa de mercaderías protegidas por el derecho de autor y conexos, entre otros, señalando que las partes deben comprometerse a incluir la prisión y/o multas suficientes, así como la facultad de la autoridad para actuar de oficio en estos casos, y de ordenar la incautación, decomiso, e incluso destrucción de las mercancías que sean sospechosas de esta falsificación dolosa.

Al analizar las Normas de Observancia es importante tener presente las disposiciones del Capítulo XXII del TLC, relativo a la Solución de Controversias, y su Anexo 22.2, sobre Anulación o Menoscabo, aplicables a los conflictos que se originen con motivo de este TLC, o en otro tratado de libre comercio en que Chile y Estados Unidos sean partes, o en el Acuerdo sobre la OMC. De producirse alguna de estas hipótesis, según el artículo 22.3, la parte afectada tiene derecho a escoger el foro ante el cual desea presentar su caso (1), una vez hecho ello, y solicitada la constitución de un grupo arbitral, los demás quedarán excluidos (2). Por esta vía podrían llegar a aplicarse los mecanismos de resolución de controversias de la OMC, en lugar de los propios del TLC, a conflictos originados en éste último. En todo caso, debemos recordar, que los mecanismos de OMC sólo son aplicables en conflictos de naturaleza comercial que involucren a dos de sus Estados miembros.

Resulta interesante, en este punto, destacar que el mecanismo de solución de controversias de OMC puede resultar incluso más conveniente para nuestro país, en comparación con el que ofrece el propio TLC, ya que el primero ofrece un foro para que todas las naciones resuelvan sus conflictos

comerciales independientemente de la identidad e importancia de su contraparte, y de su posición en el escenario internacional. Esto representa enormes ventajas para los países menos desarrollados, que disponen de este mecanismo para hacer frente a las naciones más poderosas, sin temor a las eventuales represalias asociadas al surgimiento de un conflicto. Por ejemplo, las medidas proteccionistas unilaterales pueden enfrentar, en este foro, la oposición de la comunidad internacional, que puede respaldar a la nación afectada, constituyéndose ésta en una de las grandes ventajas de este foro multilateral.

Por su parte, las Normas de Observancia del TLC contemplan como mecanismos generales de solución de controversias, los tres siguientes: 1) consultas o negociaciones directas entre las partes, 2) intervención de la Comisión de Libre Comercio del Acuerdo, a petición de parte y, 3) constitución de un panel arbitral. Destaca el artículo 22.21, que se pronuncia sobre los conflictos internacionales que puedan suscitarse entre particulares dentro de la zona de libre comercio, debiendo los Estados Parte, frente a ellos, proveerles de todos los recursos necesarios para su resolución, ya sean estos el arbitraje u otros de los medios alternativos.

Además debemos agregar, la posibilidad de que un nacional, como persona natural, demande a alguno de los Estados parte del TLC, directamente, haciendo uso del derecho conocido como “Ius Standi” o acceso directo al tribunal internacional, de acuerdo a lo que contempla el Capítulo Diez, sobre Inversión, artículo 10.15 y siguientes del TLC. Si bien esta facultad no está concebida, directamente, ante la infracción de derechos de propiedad intelectual, si está disponible para aquellos casos en que el inversionista extranjero vea afectada su inversión, pudiendo demandar al Estado infractor ante un tribunal internacional, como el Centro Internacional para el Arreglo de Controversias Relacionadas con las Inversiones (CIADI), organismo

dependiente del Banco Mundial. Lógicamente, es posible concebir que se genere un conflicto de inversión en base a los derechos de propiedad intelectual, por lo que se debe tener presente este mecanismo adicional de resolución de controversias, que ha sido criticado ya que parece sugerir que “el Estado chileno sólo puede ser demandado, pero nunca podrá ser demandante, aunque considere que un inversionista no respeta las disposiciones del tratado”.¹⁰⁰

Adicionalmente, es posible constatar, en el texto del Tratado, que se brindan cauces especiales de solución cuando las controversias se suscitan en relación a algunas materias específicas, entre las que se cuentan los derechos de propiedad intelectual, incluidos los de autor y conexos. Así, en el Anexo 22.2 del TLC encontramos la siguiente disposición: “1. Una Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias en virtud de este Capítulo cuando, en virtud de la aplicación de una medida que no contravenga este Tratado, considere que se anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación de alguna de las siguientes disposiciones: (e) Capítulo Diecisiete (Derechos de propiedad intelectual)”.¹⁰¹

Como podemos apreciar, se amplía notoriamente el espectro de aplicación de las normas de solución de conflictos entre las Partes, abarcando aquellos casos en que se produzcan efectos indeseados para alguna de ellas, y que no necesariamente implique la contravención de una norma del mismo Tratado, lo que constituye un punto bastante novedoso.

¹⁰⁰ TEITELBAUM – LYON, Alejandro. Los tratados bilaterales de libre comercio (El ALCA está entre nosotros). [en línea] En: <<http://www.choike.org/documentos/teitelbaum.pdf>> [consulta: 31.03.2008].

¹⁰¹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Veintidós, Anexo 22.2, Numeral 1, letra e).

Adicionalmente, y esta vez en materia de regulación de la propiedad intelectual en Internet, dentro de las mismas Normas de Observancia del Capítulo 17, encontramos otro sistema especial de resolución de controversias, distinto a los del Capítulo 22. Se trata del “sistema de notificación y bajada”, que se regula a propósito de las normas sobre Limitación de la Responsabilidad de los Proveedores de Servicios de Internet, en el numeral 23, que cierra el artículo 17.11.

Tal como indica su nombre, precave que ante una eventual infracción de derechos intelectuales, el titular de ellos alerte al proveedor de servicios de Internet de la existencia de material infractor en sus redes o sistemas. La letra f) del artículo 19.11(23), señala que, para ello, las partes deben establecer “procedimientos adecuados mediante un proceso abierto y transparente establecido en su legislación interna”.

Respecto a este punto podemos decir que “los riesgos que conlleva una notificación de esta naturaleza son enormes, especialmente si consideramos que los titulares de derechos de autor gozarán de un sistema de protección inmediato, único y poderoso, resguardo del que ni siquiera se dispone en el sistema tradicional del derecho de autor”.¹⁰²

La regulación en materia de limitación de responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet (o ISP, por sus siglas en inglés, de uso común), tiene como objetivo principal incentivar el que dichos ISP colaboren con la protección de los derechos de autor, a través de la disuasión de conductas que pudiesen resultar lesivas del mismo, como son el almacenamiento y transmisión no autorizada de material protegido. Además busca el establecimiento de una serie de limitaciones al alcance de los recursos

¹⁰² ÁLVAREZ V., Daniel y CERDA S., Alberto. Exigibilidad del Tratado de Libre Comercio. En: De mal en peor: TLCs subregionales y bilaterales. El ALCA por entregas. Serie Alcatemas (13). Bogotá, Colombia, 2004. pp. 45 y ss.

que se puedan dirigir contra los ISP cuando ellos “no controlen, inicien o dirijan” estas conductas lesivas “y que ocurran a través de sistemas o redes controladas u operadas por ellos o en su representación”.¹⁰³

Las limitaciones de responsabilidad, que se regulan en el numeral indicado, aplican para el caso en que el ISP disponga de una política que estipule en qué circunstancias se pondrá término a las cuentas de los infractores reincidentes, y respeten las medidas técnicas que, legalmente, protegen o identifican el material protegido por derechos de autor, bajo una serie de condiciones que señala la letra d) del artículo 17.11(23), y que implican un acuerdo razonable y no discriminatorio entre las partes interesadas.

El objetivo de las limitaciones de responsabilidad es que, si el proveedor califica para ellas, los mandamientos judiciales dictados a su respecto se limitarán a determinadas conductas, tales como el retiro o inhabilitación del material infractor, o la cancelación de determinadas cuentas, como señala la letra e) del artículo 17.11 del TLC. En general, podemos decir que el cumplimiento de los requisitos que señala la norma evitará que dicho proveedor sea sujeto de una demanda de indemnización de los perjuicios causados por el material infractor.

Las limitaciones están asociadas a cuatro funciones distintas, estas son:

- (i) “transmisión, enrutamiento o suministro de conexiones para el material sin modificar su contenido;
- (ii) almacenamiento temporal (caching) llevado a cabo mediante un proceso automático;

¹⁰³ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.11(23) (a) (ii).

- (iii) 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
- (iv) referir o vincular a los usuarios a un sitio en línea mediante la utilización de herramientas de búsqueda de información, incluidos hipervínculos y directorios.”¹⁰⁴

Para que la limitación de responsabilidad del ISP aplique, la función del numeral (ii) está condicionada de acuerdo a los términos que se señalan en la letra c) del artículo 17.11, en razón del cumplimiento de las normas de acceso y actualización de material por parte del proveedor de servicio, no interferencia con la tecnología compatible ni modificación del contenido transmitido, y retiro o inhabilitación del material una vez recibido el aviso de notificación y bajada.

En el caso de los numerales (iii) y (iv) las condiciones para el proveedor son que éste no reciba un beneficio económico directamente atribuible a la actividad infractora, el retiro o inhabilitación del material infractor en cuanto tome conocimiento de aquello, y que designe públicamente a un representante para recibir las notificaciones de estarse cometiendo infracciones.

Finalmente es importante destacar que, por aplicación de lo dispuesto en la letra f) del artículo 17.11, el procedimiento de notificación y bajada, que allí se regula, se aplica para las funciones de los numerales (ii), (iii) y (iv), y que como mínimo deberá consistir en “una comunicación escrita, firmada física o electrónicamente por una persona que represente, bajo la pena de perjurio u otra sanción penal de que es un representante autorizado del titular del derecho del material que se alega ha sido infringido y, que contenga información

¹⁰⁴ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(23) (b).

razonablemente suficiente para que el proveedor de servicio sea capaz de identificar y localizar el material que la parte reclamante alega de buena fe que está infringiendo, y que permita contactar a dicha parte reclamante.”¹⁰⁵

En tanto, la misma norma, señala a continuación cuales son los efectos de este sistema de solución de controversias especial, conocido como “notificación y bajada”, para el proveedor, en los siguientes términos: “Si el proveedor de servicio retira o inhabilita, de buena fe, el acceso a material basándose en una infracción aparente o presunta, estará exento de responsabilidad ante cualquier reclamo que de ella resulte, siempre que, en el caso de material alojado en su sistema o red, adopte sin demora las acciones necesarias para notificar al proveedor del material que así lo ha hecho y, si el proveedor del material presenta una contra notificación efectiva y está sometido a la jurisdicción en un proceso por infracción, restablezca el material en línea, a menos que el primer notificante busque obtener una reparación judicial dentro de un tiempo razonable”.¹⁰⁶

En tanto, la letra h del artículo 19.11(23), dispone que las partes de este tratado deben establecer un procedimiento, administrativo o judicial, para que los titulares de derechos de autor puedan obtener la información necesaria para identificar al supuesto infractor, de parte del propio ISP. Es importante destacar que, la norma aludida, cuenta con la flexibilidad suficiente para que, al momento de ser implementada a nivel nacional, el Estado pueda optar entre un procedimiento de naturaleza administrativa o judicial, según resulte más acorde a su tradición y sistema jurídico.

Sobre este novedoso sistema de resolución de conflictos, y los efectos que tendría al ser aplicado en nuestro país, resulta interesante citar la opinión

¹⁰⁵ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(23) (f).

¹⁰⁶ Id. Anterior. Capítulo Diecisiete, 17.11(23) (g).

de la abogada Lorena Piñeiro, quien ha sostenido que: “...la inclusión del procedimiento de notificación y retiro del material, se vislumbra un poco más complicada ya que surgen innumerables interrogantes. Dado el enorme volumen de material que transmiten y manejan diariamente los ISP, existe relativo consenso de que resulta prácticamente imposible que éstos puedan controlar el contenido, por un lado, y por otro, es sumamente difícil exigir a un ISP discernir entre un contenido lícito de uno ilícito en materia de propiedad intelectual. De ahí que bajo la figura de la notificación, el ISP se convierte en mero buzón receptor de notificaciones tras las cuales debe retirar o bloquear. La facultad que se concede al ISP de retirar o bloquear un material presuntamente ilícito se confunde con una función jurisdiccional o de censura previa, ambas disconformes con nuestra normativa interna”.¹⁰⁷

Por su parte, el investigador Daniel Álvarez ha sostenido que “Hay que profundizar el estudio de esta delicada materia por cuanto si se opta por el sistema de notificación efectiva contenido en el TLC, se otorga un poder muy amplio y sin precedentes a los titulares de derechos de autor, en perjuicio de los usuarios y de los proveedores de servicios Internet. Por su parte, si se establece un régimen judicial de control de contenidos que infrinjan el derecho de autor, si bien se garantiza el respeto de las garantías constitucionales involucradas, puede convertirse en un medio ineficaz a los propósitos planteados, junto con transformar a los tribunales en las cajas recaudadoras de los titulares de derechos de autor. De todas maneras, en la disyuntiva, debe siempre optarse por la tutela de un régimen jurisdiccional, aunque tenga éste el carácter de sumario, por ser ésta la solución que más se compadece con nuestro texto constitucional”.¹⁰⁸ Más adelante se analizará la forma en que

¹⁰⁷ PIÑEIRO UGARTE, Lorena. Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile. En: Revista Chilena de Derecho Informático. Santiago, Chile. N° 5, 2005. Pág. 187 y ss.

¹⁰⁸ ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. Libertad de Expresión en Internet y el Control de Contenidos Ilícitos y Nocivos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias

estas normas particulares del TLC, sobre prestadores de servicios de Internet, están siendo extrapoladas a la normativa interna, en virtud del último proyecto de ley que busca modificar la Ley Nº 17.366 sobre Propiedad Intelectual.

Por último, el Capítulo 17, en análisis, concluye con una serie de Disposiciones Finales (17.12) referidas, en su totalidad, a la entrada en vigor de las normas ya analizadas. Esta sección ya fue materia de análisis a propósito del artículo 17.1, numerales 10 y 11.

En suma, es posible concluir de la regulación ya analizada, que el TLC se preocupa de entregar normas detalladas en relación a los derechos que asisten a los autores y titulares de derechos, así como a actividades que involucran estos derechos, tales como la puesta a disposición y la transmisión digital no interactiva de contenidos en uno de los más importantes canales de acceso a la cultura como es, hoy en día, Internet.

Sin embargo, y dada la perspectiva de instrumento de carácter netamente comercial del TLC, es claro que el tema del acceso a la cultura no parece haber constituido un factor relevante a la hora de regular las materias mencionadas, no obstante se le menciona dentro de los objetivos específicos del Capítulo Diecisiete, lo que podría generar algunas distorsiones en su inclusión en nuestra normativa interna que es dable controlar, como se expondrá más adelante, en el capítulo respectivo, en esta tesis.

3.2 Acuerdo de Asociación Chile-Comunidad Europea

Este instrumento internacional, que será a continuación analizado, tiene la característica de ser un acuerdo de socios basado en la reciprocidad, el interés común y la profundización de las relaciones en todas las áreas, tanto la política, como la económica y la relativa a la cooperación.

Este amplio acuerdo busca como resultado la creación de una zona de libre comercio, por ello se le ha clasificado como un tratado de cuarta generación plus, al igual que el TLC suscrito con los Estados Unidos.

3.2.1 Breves Antecedentes de la Negociación

La relación de los países latinoamericanos con la Comunidad Europea, actual Unión Europea, se remonta más o menos a los años ´70. Una larga historia de acuerdos de cooperación y desarrollo ha marcado estas décadas.

En particular, en lo que respecta a Chile, es en el año 1996 en que la Comunidad y Chile firman un acuerdo marco de cooperación para consolidar su relación, con miras a establecer una asociación política y económica plena. La idea central era fomentar el diálogo entre las autoridades de ambas partes, así como también el de la sociedad civil, promoviendo la cooperación en materia económica, sociocultural, educativa, científica, tecnológica, y otras.

Las negociaciones, propiamente tales, comenzaron en la primera cumbre sostenida entre los países de la Comunidad Europea, América Latina y el Caribe, en 1999 y desde entonces avanzaron a paso firme, hasta concluirse el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Comunidad Europea, el que fue suscrito el 18 de Noviembre del año 2002.

Dicho Acuerdo entró en vigor, en su gran mayoría, el 01 de Febrero de 2003, tal como consigna el Decreto N° 28, promulgatorio del mismo, emanado del Ministerio de Relaciones Exteriores con la misma fecha.

3.2.2 Contenidos

El texto del Acuerdo de Asociación, entre Chile y la Unión Europea se estructura en base a cinco partes, cada una de las cuales se divide a su vez en capítulos, secciones y subsecciones.

Las cinco partes principales del Acuerdo son:

- Disposiciones Generales (Parte I),
- Diálogo Político (Parte II),
- Cooperación (Parte III),
- Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio (Parte IV) y,
- Disposiciones Finales (Parte V).

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

No obstante lo anterior, la presencia del tema de la propiedad intelectual, en general, y de los derechos de autor, en particular, subyace a lo largo de todo el Acuerdo, y no sólo en este título específico. A modo de ejemplo podemos mencionar el artículo 32, del Título I, sobre Cooperación Económica, que aborda precisamente el tema de la cooperación entre las partes en materia de derechos de propiedad intelectual, fijándose para ello un objetivo general colmado de una gran variedad de verbos rectores, en el punto 1.: “práctica, promoción, difusión, perfeccionamiento, gestión, armonización, protección y aplicación efectiva de los derechos de propiedad intelectual, a la prevención de abusos de tales derechos, a la lucha contra la falsificación y piratería, y al establecimiento y consolidación de organismos nacionales de control y protección de tales derechos”.¹⁰⁹

En el numeral 2., de la misma norma, se abordan algunas formas específicas de cooperación, a través de asistencia legislativa, asesoría en la organización de infraestructura administrativa, formación en técnicas de administración y gestión de derechos de propiedad intelectual, formación para quienes imparten justicia en esta materia y sus auxiliares con la finalidad de mejorar el cumplimiento de las leyes, y actividades que permitan sensibilizar al sector privado y la sociedad civil. Adicionalmente, en materia de cooperación científica y tecnológica (artículo 36), se le asigna gran importancia a las “normas de utilización de propiedad intelectual resultante de la investigación”.¹¹⁰

¹⁰⁹ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 28: Promulga el acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español, febrero 2003. 123 pp. Art. 32.1.

¹¹⁰ Id. Anterior. Art. 36.1.

3.2.3 Técnicas Jurídicas Utilizadas

El artículo 55 del Acuerdo, que abre la cuarta parte del Tratado, sobre Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio, en su primer título, sobre disposiciones generales, traza los objetivos generales, ya no del instrumento íntegro, sino de esta sección en particular. Uno de dichos objetivos corresponde precisamente a materias de propiedad intelectual, y señala que lo es “g) la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, de conformidad con las normas internacionales más exigentes”.¹¹¹

Más adelante, el artículo 168, que abre el Título VI sobre derechos de propiedad intelectual en sentido amplio, traza el objetivo buscado por la regulación que le sigue, este es conceder y asegurar “una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, acordes con las más altas normas internacionales, incluidos los medios efectivos para hacer cumplir tales derechos previstos en los tratados internacionales”.¹¹² Se trata de un objetivo preciso, y en que su redacción se ve impregnada de la cultura colaborativa que ha existido entre ambas Partes desde hace décadas, según hemos relatado en la sección Antecedentes de la Negociación.

El ámbito de aplicación de este acuerdo de cooperación está contenido en el artículo 169, en virtud del cual podemos sostener que el concepto de propiedad intelectual utilizado es amplio, ya que incluye no sólo los privilegios que usualmente conocemos en nuestro país como de propiedad intelectual e industrial, sino también otros como la protección de información no revelada y la protección contra la competencia desleal.

¹¹¹ Id. Anterior. Art. 168.

¹¹² Id. Anterior. Art. 168.

El artículo siguiente, el 170, aborda el tema de la Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual, utilizando nítidamente la técnica jurídica de la remisión normativa, en base a distintos grupos de instrumentos internacionales que las Partes deberán respetar.

El primer grupo, (letra a), está compuesto por aquellos convenios cuya ejecución las partes deben seguir asegurando, y que forman parte de sus ordenamientos jurídicos internos por encontrarse ya ratificados. En lo que compete específicamente a los derechos de autor, encontramos en esta categoría: el acuerdo ADPIC de la OMC, que establece niveles mínimos de protección que cada gobierno ha de otorgar a la propiedad intelectual de los demás Miembros de la OMC; el Convenio de Berna de 1971, que protege obras literarias y artísticas y garantiza a los autores la protección de sus derechos económicos y morales durante toda su vida en todos los países que forman parte de él; y la Convención de Roma (1961), sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión.

Además, en este primer grupo encontramos: el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967), en sentido amplio, abarcando las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos o modelos industriales, las marcas de fábrica o de comercio, las marcas de servicio, el nombre comercial, las indicaciones de procedencia o denominaciones de origen, así como la represión de la competencia desleal; y el Convenio internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales o Convenio UPOV (1978/1991), que regula la protección que los Estados contratantes deberán brindar a los obtentores de variedades vegetales que resulten ser novedosas, distintas, homogéneas y estables, regulando el procedimiento necesario para lograr dicha protección y los derechos exclusivos que ella les concede, tales

como los de producción, preparación, oferta, venta, exportación, importación, autorización, etc.

De este primer grupo de instrumentos internacionales, resulta interesante destacar el caso del ADPIC ya que, a la fecha de entrada en vigencia del AA, Chile ya había ratificado y promulgado el Acuerdo de la OMC y sus anexos (que incluyen el mencionado ADPIC), pero no había implementado a nivel de legislación interna las obligaciones que dichos instrumentos establecen. Ello sólo sucedió en Noviembre del año 2003, esto es 9 meses después de la entrada en vigencia del AA, y luego de una discusión del proyecto que tomó cerca de 4 años, con la publicación de la Ley N° 19.912, que efectuó las adecuaciones respectivas, encontrándose sólo entonces nuestro país, en posición de seguir asegurando la adecuada ejecución de dicho instrumento.

En un segundo grupo, (letra b), encontramos aquellos convenios multilaterales que debían encontrarse ejecutados adecuadamente en los Estados Parte del Acuerdo para el 01 de Enero de 2007. Entre ellos destacamos dos: los Tratados OMPI sobre de Derechos de Autor y sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, ambos conocidos como “Tratados Internet”, del año 1996, los cuales son los únicos del listado, relacionados con derechos de autor en esta categoría, que se encuentran actualmente en vigor en Chile, habiendo sido ratificados en el año 2001 y publicados en el Diario Oficial en el 2003.

El contenido del Tratado Relativo a los Derechos de Autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual dice relación con el derecho de autor, y cómo éste debe ser entendido y adaptado en un mundo fuertemente impactado por las tecnologías de la información y comunicación, aplicándose a las bases de datos, software y medidas de protección tecnológica, entre otros; en tanto el Tratado sobre Interpretación o Ejecución de Fonogramas, de la

misma organización, regula los derechos conexos y su adaptación a este nuevo entorno tecnológico.

Los restantes tratados de esta categoría dicen relación con materias de índole: i) marcaria, mediante el Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas (1977), que permite la presentación de solicitudes en un sistema de clasificación estandarizado; y, ii) de patentes, a través de dos instrumentos: el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (1970), que busca proteger por patente una invención en un gran número de países simultáneamente a través de la presentación de solicitudes internacionales, y del Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes (1971), que complementa al anteriormente mencionado.

En tanto, para el 01 de Enero de 2009, encontramos cuatro tratados que deberán encontrarse implementados. Sólo uno de ellos se refiere a derechos de autor, en específico a derechos conexos, y es el Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas, que se hace cargo de la preocupación de los Estados contratantes respecto del perjuicio que dicha reproducción no autorizada puede ocasionarle a los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas, y que data del año 1971.

Además se mencionan en este grupo al Arreglo de Locarno, de 1968 y modificado en 1979, que establece una clasificación internacional para los dibujos y modelos industriales; al Tratado de Budapest, de 1977 y modificado en 1980, sobre el reconocimiento internacional del depósito de microorganismos a los fines del procedimiento en materia de patentes; y al Tratado sobre el Derecho de Marcas de 1994, que se encarga de desarrollar procedimientos que permitan que los sistemas, tanto nacionales como

regionales, de registro de marcas sean de uso más cómodo y seguro para los titulares de las marcas y sus representantes.

En el cuarto grupo, y final, encontramos una remisión amplia a aquellos convenios multilaterales respecto de los cuales las Partes deberán “hacer todo lo necesario para ratificar y asegurar lo antes posible su ejecución adecuada y efectiva”, pero en que la obligación no se encuentra asociada a un plazo perentorio. Todos ellos dicen relación con materias del ámbito marcario, y son: el Arreglo y el Protocolo del Arreglo de Madrid, de 1989 y 1967 respectivamente, relativos al registro internacional de marcas; y el Convenio de Viena de 1973, y modificado en 1985, por el que se establece una clasificación internacional de los elementos figurativos de las marcas.

Como podemos apreciar claramente, del listado de tratados que enumera este Acuerdo de Asociación, se trata de abarcar un amplio espectro de materias, que comprenden desde los privilegios de propiedad industrial (marcas, patentes, diseños), hasta nuevas variedades vegetales, y derechos de autor, entre otros. La idea que subyace es el lograr estandarizar los niveles de protección respecto de este vasto abanico de bienes jurídicos en las legislaciones de ambas Partes.

El Título en análisis cierra con un artículo (171) que regula la posibilidad de revisión del listado de instrumentos internacionales mencionados en el artículo 170, por acuerdo del Consejo de Asociación del tratado, con la facultad expresa de incluir otros nuevos. Este Consejo es un organismo de supervisión del cumplimiento del tratado, que se encuentra regulado en el mismo instrumento. Sus funciones son examinar los asuntos importantes que surjan en el marco del Acuerdo o que sean de interés común de las partes, así como también las propuestas de estas destinadas a mejorar el Acuerdo.

Como es dable apreciar del análisis efectuado, la perspectiva de este Acuerdo con la Unión Europea enfatiza mucha más la cooperación entre las partes contratantes, por sobre la regulación específica de los distintos aspectos que conforman el derecho de autor. Este enfoque responde a una larga tradición cooperativa entre ambas partes, así como también a un estilo regulatorio marcadamente distinto entre los Estados Unidos y Europa, en que este último se ha caracterizado por acentuar la aplicación de principios más que la de determinadas normas, estilo que probablemente responda a una tradición comunitaria que ha debido armonizar distintas legislaciones y tradiciones jurídicas en el seno de la Unión.

Finalmente, debemos mencionar que el mecanismo de solución de controversias establecido por este acuerdo, se encuentra en el Título VIII, artículos 182 y siguientes, también de la Parte IV (la misma en que se regulan los derechos de propiedad intelectual), y aplicable precisamente a las cuestiones que surjan de la interpretación o aplicación de ella. Contempla tanto un mecanismo de prevención de las controversias que pudieren suscitarse entre las Partes, a través de la celebración de consultas; como de resolución de ellas, a través de un procedimiento específico que incluye la conformación de un grupo arbitral, que emitirá el laudo respectivo para su cumplimiento.

3.3 Tópicos Comunes a Ambos Acuerdos Comerciales

En una primera instancia, es interesante apreciar como la regulación de materias relativas a la propiedad intelectual ha irrumpido en los tratados o acuerdos comerciales internacionales. Esta tendencia deja de manifiesto el enorme valor e importancia que las economías mundiales asignan a este ítem, debido a su gran ingerencia en el funcionamiento de los mercados.

Tal como señala el profesor Christian Schmitz “Los países que exhiben la mayor actividad intelectual creativa e investigativa y poseen mayores niveles de know how, son los que más fondos invierten, tanto en investigación y desarrollo, en marketing, como en cultura y educación, poseyendo al mismo tiempo sistemas de protección eficaces de las creaciones intelectuales... la protección insuficiente o ausente de la propiedad intelectual constituye una barrera no arancelaria al libre comercio y distorsiona la libre competencia entre las naciones”.¹¹³ Estas motivaciones serían la razón en virtud de la cual hemos visto con mayor frecuencia la inserción de capítulos de propiedad intelectual en la negociación de tratados bilaterales de última generación, así como también de que sea una de las partes la que imponga a la otra sus términos y condiciones en esta materia.

En este punto ambos acuerdos, TLC y el Acuerdo con la Unión Europea, coinciden. El TLC abre el respectivo capítulo de propiedad intelectual con sendas declaraciones que dejan de manifiesto como uno de sus objetivos el reducir las distorsiones y obstáculos al comercio, que una inadecuada regulación en esta materia puede llegar a producir. Si bien el texto del Acuerdo con la Unión Europea no es tan explícito, queda de manifiesto una intención similar al insertar la regulación sobre propiedad intelectual en la Parte IV del mismo, llamada precisamente “Comercio y Cuestiones Relacionadas con el Comercio”. Además en los considerandos generales del Acuerdo se consigna la importancia que las partes asignan a los “principios y normas que rigen el comercio internacional... y la necesidad de aplicarlos de manera transparente y no discriminatoria”.¹¹⁴

¹¹³ SCHMITZ VACCARO, Christian. El Tratado de Libre Comercio Chile- EE.UU.: fuente del nuevo derecho de propiedad intelectual. En: Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción, Chile. Nº 12, 2004. Pág. 148 - 149.

¹¹⁴ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto Nº 28: Promulga el acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español, febrero 2003. 123 pp. Págs. 3 y 4.

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

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

En el análisis de ambos tratados hemos encontrado grandes diferencias en la perspectiva normativa: mientras Estados Unidos busca en todo momento brindar una protección férrea a su desarrollada industria de producción y comercialización de bienes culturales, la Unión Europea aboga por lograr un equilibrio entre sus distintos estados miembro, y sus diversas tradiciones jurídicas, obteniendo con ello una regulación comunitaria que suele entregar un mayor margen de libertad para implementar las obligaciones que se señalan, lo

que se ve reflejado también en sus acuerdos comerciales con terceros países ajenos a la Unión. Lo anterior se explica por la política de suscripción de tratados bilaterales de Estados Unidos, de corte más agresivo e intenso, que busca imponer estándares de protección mínimos bastante altos (excediendo a los de ADPIC); bastante disímil de la estrategia aplicada por la Unión Europea, que privilegia la aplicación de los acuerdos globales en materia de propiedad intelectual existentes, sin demandar un margen adicional.

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

CAPÍTULO IV
ADECUACIONES AL RÉGIMEN DE DERECHO DE AUTOR EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO INTERNO Y LA PROBLEMÁTICA ASOCIADA A
LA NUEVA REGULACIÓN

4.1. El Proceso Adecuatorio y sus Dificultades

Desde la suscripción y entrada en vigencia del TLC con los Estados Unidos, 06 de Junio de 2003 y 01 de Enero de 2004, y del Acuerdo de Asociación con la Unión Europea, 18 de Noviembre de 2002 y 01 de Febrero de 2003, respectivamente, se han dictado varias leyes tendientes a adecuar nuestra legislación interna con el texto de ambos instrumentos, en lo que dice relación, específicamente, con los derechos de autor.

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

Así, encontramos la Ley N° 19.912, publicada el 04 de Noviembre de 2003, y que adecua la legislación nacional conforme a los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) suscritos por Chile.¹¹⁵ Uno de sus títulos, específicamente el segundo, se refiere a las medidas de frontera para la observancia de los derechos de propiedad intelectual, regulando específicamente la suspensión del despacho de mercancías y el procedimiento para que ella sea decretada.

¹¹⁵ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.912: Adecua la Legislación que Indica Conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC Suscritos por Chile, noviembre 2003. 9 pp.

Adicionalmente, el texto de esta ley modifica otros cuerpos legales Su artículo 20 se refiere a las adecuaciones que es necesario introducir a la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual, en virtud de la aplicación de la Sección 1, de la Parte II del ADPIC, cuya implementación la Ley N° 19.912 efectúa.

La primera modificación a la LPI busca agregar, dentro del listado de objetos protegidos por esta normativa, en el artículo 3º, a los programas computacionales (N° 16),¹¹⁶ en cumplimiento del párrafo 1 del artículo 10 del ADPIC; así como también las compilaciones de datos en el nuevo N° 17 (párrafo 2, artículo 10 del ADPIC), y los dibujos o modelos textiles en el N° 18 (párrafo 2, artículo 25 ADPIC).¹¹⁷

Las motivaciones que fundamentan estas inclusiones dicen relación, en el caso de las compilaciones de datos, con que la protección que hasta le fecha se les brindaba en base al N° 1 del artículo 3º de la LPI, esto es, como obras literarias, resultaba insuficiente e inadecuado para esta clase de creaciones. En el caso de los dibujos o modelos textiles, el ADPIC establece la libertad de protegerlos a través de la legislación sobre dibujos o modelos industriales, que en Chile se encuentra regulada en la Ley N° 19.039 de Propiedad Industrial, o bien, mediante la legislación sobre derecho de autor de la LPI. Finalmente, se optó por incluirla en esta última, de acuerdo a lo que se señaló en el mensaje que acompañó a la presentación del proyecto que concluyó con la promulgación de la Ley N° 19.912,¹¹⁸ no obstante lo cual, en la reforma a la Ley de Propiedad Industrial del año 2005 se incluyó, de todas formas, la protección de los dibujos o diseños industriales, en el nuevo artículo 66 de dicha Ley.¹¹⁹

¹¹⁶ Id. Anterior. Artículo 20, N° 1.

¹¹⁷ Id. Anterior. Artículo 20, N° 2.

¹¹⁸ Mensaje correspondiente al Presidente de la República Sr. Eduardo Frei Ruiz-Tagle.

¹¹⁹ CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. Ley N° 19.996: Modifica la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial, Marzo de 2005. 29 pp.

Por otra parte, el N° 3, del artículo 20 de la Ley N° 19.912, complementa el listado de definiciones del artículo 5° de la LPI, con el concepto de “Distribución” de una obra, como nueva letra q), concepto que implica la transferencia de propiedad de un ejemplar físico de la misma. Mientras el N° 4 del mismo Artículo y Ley, introduce en la letra u) la noción de “Reproducción”, de “Comunicación Pública” (letra v), y de “Transformación” (letra w), de obras, que antes no estaban contempladas en nuestra normativa.

El artículo 8°, inciso 1°, fue sustituido por la presunción de autoría de la obra a favor de quien figure como tal al momento de la divulgación de la obra, que indica el artículo 20, N° 5 de la Ley N° 19.912.

El numeral 6° del artículo citado, agrega un segundo inciso al artículo 45, en términos de no hacer aplicable el artículo 18 letra e) a los programas computacionales, cuando ellos no constituyan el objeto esencial del arrendamiento. Es importante resaltar que el texto vigente de la ley contiene, en esencia, la misma redacción, salvo la remisión al artículo 18 letra e), que actualmente se hace al artículo 37 bis, sobre el derecho de los autores de software para prohibir o autorizar el arrendamiento comercial al público de sus obras amparadas por derechos de autor, y que fuera introducido por la Ley N° 19.914 de 19 de Noviembre de 2003, esto es, sólo unos cuantos días después de la ley que nos encontramos analizando.

Este “derecho de arrendamiento” se incluyó en la LPI por aplicación del artículo 11 del ADPIC, que señala que este derecho de autorizar o prohibir dicho arrendamiento comercial se debe conferir a los autores y titulares de derechos “al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas”, pudiendo extenderse a las demás categorías de obras. Se

exceptúa de la aplicación de este derecho de arrendamiento a aquellos programas computacionales que no sean su objeto esencial, en sí mismos, constituyendo un típico ejemplo de ello los servicios prestados por un cibercafé, en que se arriendan equipos para acceder a Internet, y el software resulta accesorio a dicha actividad.

Por otra parte, se introduce en la LPI un nuevo artículo 45 bis que introduce la regla conocida internacionalmente como “de los tres pasos”, por aplicación del artículo 13 ADPIC, y que es posible encontrar en numerosos tratados internacionales.¹²⁰ Dicha regla se encarga de restringir excepciones de los párrafos III y IV de la Ley de Propiedad Intelectual, estableciendo que ellas deben cumplir con los 3 requisitos siguientes:

- a) Las excepciones deben limitarse a aquellos casos determinados (“circunscribirse”),
- b) Que no atenten con la explotación normal de dicha obra, y
- c) No causen perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

La última modificación a la Ley N° 17.366, en virtud de la Ley N° 19.912, consiste en entregar un nuevo contenido al artículo 66, relativo al ejercicio de derechos conexos de grabación, reproducción, transmisión, retransmisión, fijación, difusión y la comunicación al público, sin la autorización expresa del artista, o su heredero o cesionario. Con ello se adecua la protección que la LPI confiere a los artistas, respecto de sus interpretaciones y ejecuciones, a lo que estipulado por el artículo 14, párrafo 1º, del ADPIC.

¹²⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.912: Adecua la Legislación que Indica Conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC Suscritos por Chile, noviembre 2003. 9 pp. Artículo 20, N° 7.

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

Sólo 15 días después de la Ley N° 19.912, el día 19 de Noviembre de 2003, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 19.914, que adecua nuestra legislación interna al TLC suscrito con los Estados Unidos. En virtud de sus tres artículos se modifican 3 leyes, estas son: la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (I.V.A.), la Ley referida a Aranceles Aduaneros y la Ley sobre Propiedad Intelectual. El análisis se centrará en lo más relevante de las 16 modificaciones introducidas a este último cuerpo.

La ley adecuadora, en su primera modificación,¹²¹ extiende el ámbito de aplicación de la LPI desde los autores, a los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, esto es, a los sujetos de derechos conexos. Asimismo se establece que, el alcance de la protección de dichos derechos para estos artistas, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, de nacionalidad extranjera y que no se encuentren domiciliados en Chile, serán los que le otorguen los convenios internacionales ratificados por Chile.

¹²¹ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.914: Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, noviembre 2003. 5 pp. Artículo 3°, N° 1).

Luego, se agregan nuevas definiciones al artículo 5° de la Ley N° 17.366, entre ellas la de “productor de fonogramas” (letra k), “radiodifusión” (letra m bis), “publicación de un obra” (letra o) y “fijación” (letra x).¹²²

A continuación, los numerales 3, 4 y 5 del artículo 3° de la Ley N° 19.914, introducen la reforma en materia de plazos de duración de la protección para el derecho de autor. El cambio se produce en el artículo 10 de la Ley N° 17.366, que contiene la regla general en materia de plazos, referida al autor de un obra cualquiera. También se hace extensiva la ampliación al caso de las obras en colaboración, mencionadas en el artículo 12, y de las obras anónimas o seudónimas, del artículo 13 de la LPI, y en ambos casos la norma indica la forma adecuada de contabilizar dicho plazo.

Este nuevo plazo también aplica en materia de derechos conexos, como lo señala el nuevo artículo 70 de la Ley de Propiedad Intelectual, el que también se encarga de establecer la forma en que se computará el mismo, dependiendo de si el fonograma, interpretación o ejecución tiene fecha cierta de publicación o no.¹²³

Como veremos más adelante en detalle, esta modificación en el plazo de protección, constituye una de las más relevantes de este tratado, dados los importantes efectos que produce sobre el acceso a la cultura y la formación del dominio público.

A continuación la Ley N° 19.914 agrega una nueva letra e) al artículo 18 de la LPI,¹²⁴ consagrando el derecho que cabe al autor de distribuir su obra “mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra

¹²² Id. Anterior. Artículo 3°, N° 2).

¹²³ Id. Anterior. Artículo 3°, N° 13).

¹²⁴ Id. Anterior. Artículo 3°, N° 6).

transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con esta ley”. El alcance de este derecho de distribución, tal como lo señala el TLC en sus artículos 17.5(3) y 17.6(2), en relación los derechos de autor y conexos, respectivamente, sólo se circunscribe a las transferencias de propiedad o ventas, excluyéndose los arrendamientos o préstamos.

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

Este mismo agotamiento del derecho de distribución se consagra a propósito de los derechos conexos, respecto de las interpretaciones o ejecuciones, en el nuevo N° 4 del artículo 66 de la Ley de Propiedad Intelectual,¹²⁵ y de los fonogramas, en el nuevo inciso segundo del artículo 68 del mismo cuerpo legal.¹²⁶

Esta institución del agotamiento del derecho de distribución por primera venta, constituye una importante medida para contrarrestar los efectos adversos que puede producir un aumento en los plazos de protección del derecho de autor, como ha sucedido en Chile. Más adelante explicaremos latamente esta situación.

En el numeral 7 de la Ley N° 19.914 se procede a derogar el antiguo artículo 35 de la Ley de Propiedad Intelectual, que contenía las formalidades

¹²⁵ Id. Anterior. Artículo 3°, N° 10).

¹²⁶ Id. Anterior. Artículo 3°, N° 12).

para la protección de obras fotográficas. Ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 17.6(6) del TLC que señala que “Ninguna Parte subordinará el goce y el ejercicio de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas, establecidos en este Capítulo a ninguna formalidad”,¹²⁷ quedando, de esta forma, las fotografías protegidos por el solo acto de la creación.

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

En tanto, se agregó un nuevo artículo 67 bis, en materia de regulación de fonogramas, estableciéndose el “derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos”¹²⁸ que cabe al productor de fonogramas respecto de ellos, y al artista sobre su interpretación o ejecución fijada.

La Ley N° 19.914 concluye agregando 3 artículos, dentro del Capítulo II de la Ley de Propiedad Intelectual, sobre contravenciones y sanciones, y cuyo objetivo es regular la gestión de derechos. Para ello describe las conductas que serán sancionadas, señalando que:

¹²⁷ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp. Capítulo Diecisiete, 17.6(6).

¹²⁸ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.914: Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, noviembre 2003. 5 pp. Artículo 3°, N° 2). Artículo 3°, N° 11).

“Incurrirá en responsabilidad civil el que, sin autorización del titular de los derechos o de la ley y, sabiendo o debiendo saber que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos, realice una o más de las siguientes conductas:

- a) Suprimir o alterar cualquier información sobre la gestión de derechos; o
- b) Distribuir o importar para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización; o
- c) Distribuir, importar para su distribución, emitir, comunicar o poner a disposición del público copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la de gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.”¹²⁹

Además, el nuevo artículo 81 ter, introducido por el artículo 3º, N° 15 de la Ley N° 19.914, sanciona con pena de presidio menor en su grado mínimo, que va entre los 541 días y hasta los 3 años de privación de libertad, o multa de 5 a 100 UTM (entre \$173.340 a \$3.466.800 pesos, calculados al mes de Marzo de 2008) a quien realice las conductas antes descritas “sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley”.

Por último esta ley introduce el concepto de “Información sobre la Gestión de Derechos”, la que define como:

- “a) La información que identifica a la obra, a la interpretación o ejecución o al fonograma; al autor de la obra, al artista intérprete o ejecutante,

¹²⁹ Id. Anterior. Artículo 3º, N° 14).

- o al productor del fonograma; o al titular de cualquier derecho sobre la obra, interpretación o ejecución o fonograma;
- b) La información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras, interpretación o ejecución o fonograma, y
 - c) Todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.”¹³⁰

La última ley publicada en el período que va desde la publicación del TLC y AA, a la fecha, es la Ley N° 19.928, sobre Fomento de la Música Chilena, del 31 de Enero de 2004. Esta ley no introdujo grandes modificaciones a la Ley de Propiedad Intelectual N° 17.336, sólo le hizo pequeños ajustes para efectos de fomentar y proteger el folklore, además de crear el Consejo de Fomento de la Música Nacional, estos temas se alejan del que esta tesis trata por lo que no será analizada.

Además de las tres leyes efectivamente sancionadas, y actualmente en vigencia, que hemos analizado, desde el 2002 a la fecha se han presentado al menos cinco proyectos de ley que buscan reformar la Ley de Propiedad Intelectual para combatir los delitos en contra de esta especie de propiedad, los derechos de autor, y principalmente la piratería.

El primer proyecto presentado data del 04 de Julio de 2002,¹³¹ y en las consideraciones iniciales que lo fundamentan, los diputados patrocinantes de la iniciativa señalan que: “...el Constituyente ha dejado a la ley el desarrollo y el establecimiento de los dispositivos jurídicos concretos de protección, los que se

¹³⁰ Id. Anterior. Artículo 3°, N° 16).

¹³¹ Proyecto iniciado por moción de los diputados Aníbal Pérez, Felipe Letelier, Patricio Hales y Ximena Vidal.

encuentran en la Ley N° 17.336 “Sobre propiedad intelectual”, que data del año 1970, la que hoy se ve complementada por una serie de acuerdos internacionales suscritos por Chile, algunos ya ratificados por el Congreso Nacional y otros que aún están en el Senado en su trámite de aprobación legislativa; como son, por ejemplo, el “Convenio que aprueba el tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (Ompi), sobre interpretación o ejecución y fonogramas, adoptado en Ginebra, el 20 de diciembre de 1996.”¹³²

Como vemos, el proyecto ha atendido a los compromisos internacionales adquiridos por Chile con miras a buscar las vías jurídicas necesarias para evitar la falsificación, o piratería, de mercancías que infringieran derechos de autor. Una de las medidas más importantes que buscaba introducir era modificar las sanciones los delitos cometidos en contra de la propiedad intelectual, elevando las penas vigentes, consistentes en presidio o reclusión menores en su grado mínimo (esto es, de 61 a 540 días de privación de libertad) y multa de 5 a 50 UTM, al presidio menor en su grado medio, esto es, de 541 días a 3 años y con presidio menor en su grado máximo, o sea, de 3 a 5 años, en el caso de la existencia de asociación para cometer el delito, o cuando no existiendo ésta los daños económicos derivados de la falsificación excedan de 500 Unidades de Fomento. Asimismo, se busca mantener las penas pecuniarias de multa, pero aumentando sus márgenes actuales (5 a 50 UTM), a entre 10 y 50 UTM para las figuras individuales y, para las asociaciones criminales, de 100 a 500 Unidades Tributarias Mensuales.

No obstante lo señalado, lo propuesto en este proyecto no llegó a convertirse en ley, y actualmente su tramitación se encuentra totalmente detenida debido a su archivo en el año 2006.

¹³² BOLETÍN N° 2986-07. Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.336, para combatir de mejor forma los delitos en contra de la propiedad intelectual y los derechos de autor. 04 de Julio de 2002.

A fines del año 2003 se presentó un nuevo proyecto para modificar la Ley N° 17.366 en materia de delitos en contra del derecho de autor y los derechos conexos al mismo. En la moción del senador Fernando Cordero nuevamente se alude a la importancia de los compromisos internacionales contraídos por Chile, aludiendo directamente a los “acuerdos y tratados que Chile ha firmado con la Unión Europea y los Estados Unidos”.¹³³

Este proyecto, que también contemplaba elevar las sanciones en materia de piratería, tanto de privación de libertad como las de multa, se encontraba hasta hace poco tiempo en el primer trámite constitucional, esperando ser informado por la Comisión de Economía del Senado desde el 2005. Finalmente, en Agosto del año 2007 se ordenó su archivo.

Otro proyecto que pretendía modificar la Ley N° 17.336, encuentra sus orígenes en un mensaje presidencial¹³⁴ de Enero del año 2004. En él se manifiesta que el contenido de este proyecto “... introduce dos grandes modificaciones a la Ley 17.336 sobre Propiedad Intelectual. La primera, sustituye el Capítulo II del Título III de ley, referido a las infracciones, delitos y sanciones, por un nuevo capítulo, el cual, manteniendo las disposiciones incorporadas recientemente por la Ley N° 19.914, adecua y endurece las penas y sanciones por acciones que atentan contra la propiedad intelectual y establece un estatuto normativo especial respecto de los delitos de piratería y conexos con este. La segunda, introduce modificaciones al procedimiento de aplicación de las sanciones y penas a que se refiere la ley, especialmente en relación con las acciones procesales a que da lugar la titularidad de derechos de autor o conexos, medidas cautelares que se pueden impetrar durante la

¹³³ BOLETÍN N° 3313-07. Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.336, sobre propiedad Intelectual, en materia de delitos en contra del derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor. 12 de Agosto de 2003.

¹³⁴ Mensaje correspondiente al Presidente de la República Sr. Ricardo Lagos Escobar.

tramitación del litigio y concesión de algunas facultades específicas para el tribunal competente para conocer del asunto.”¹³⁵

Este proyecto de ley del 2004, conocido como “Ley Corta Antipiratería”, se encontraba, desde Abril del año 2005, esperando ser informado por la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Cámara de Diputados, siendo finalmente retirado por la Presidencia de la República en Mayo del 2007.

Según se indicaba en el mensaje presidencial que le dio inicio, su objetivo era reemplazar el actual sistema de infracciones, delitos y sanciones de la Ley de Propiedad Intelectual, por uno nuevo, que pusiera “énfasis en la imposición de sanciones eficaces, que sirvan de incentivo para la disminución de las prácticas ilegales que están asociadas con la protección de los derechos de autor, en especial, el delito de piratería, la reproducción y distribución ilegal de obras o creaciones intelectuales y la falsificación de las mismas”.¹³⁶

El proyecto de “Ley Corta” fue muy criticado por distintos sectores, al momento de su ingreso a tramitación, por parte del Ejecutivo, al Congreso. El sector empresarial representando por la Comisión Nacional Antipiratería (CONAPI), dependiente de la Cámara Nacional de Comercio, Servicios y Turismo (CNC), estimó que las falencias radicaban, principalmente, en la propuesta de traspaso de la competencia por infracciones en materia de propiedad intelectual a los Juzgados de Policía Local; en la posibilidad de que se permitiera al Juez destinar las obras falsificadas y decomisadas a beneficencia, sin permiso del titular de los derechos; y, en el aumento de las multas en desmedro de las elevación de las penas.¹³⁷ En tanto, la SCD lo criticó

¹³⁵ BOLETÍN N° 3461-03. 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. 22 de Enero de 2004.

¹³⁶ Id. Anterior.

¹³⁷ En: DIARIO PYME. <<http://www.diariopyme.cl/newtenberg/1565/article-57649.html>> [consulta: 15.03.2008].

en base a la regulación que se proponía de los tipos penales, ya que estimaron que se eliminaba la figura del plagio, y que resultaba inadecuado relacionar el delito de piratería con el ánimo de lucro, asociándolo a un determinado monto de dinero traspasado el cual se configuraría el ilícito.¹³⁸

También se dejaron oír críticas por parte del sector editorial independiente y universitario, quienes rechazaron el proyecto por considerar que sólo adoptaba la mirada del comercio, abandonando la del desarrollo. El principal argumento esgrimido dijo relación con que el proyecto no se pronunciaba sobre una ampliación en el régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, que pudiera equilibrar el estado de cosas actual, en relación a la ampliación del catálogo de ilícitos. Incluso se sostuvo que la aprobación del proyecto de ley original pondría en riesgo numerosas garantías fundamentales, dentro de las que se encontraba el acceso a la cultura y el derecho a la educación.¹³⁹

En este escenario, un cuarto proyecto de ley modificatorio fue presentado a tramitación el 22 de Agosto de 2006.¹⁴⁰ Su objetivo era más específico, ya que pretendía, como señala su título, “perfeccionar el concepto de derechos conexos y precisar su contenido y efecto, agregar nuevos resguardos en beneficio de las interpretaciones y ejecuciones de un artista, y establecer reglas sobre estipulaciones contractuales”.¹⁴¹

¹³⁸ CONGRESO NACIONAL. Primer Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados. 158 pp. [en línea] En: <<http://sil.senado.cl/pags/index.html>> [consulta: 18.03.2007]. Pág. 73 y ss.

¹³⁹ Id. Anterior. Pág. 92 y ss.

¹⁴⁰ Proyecto de ley iniciado por moción de los diputados René Aedo, Isabel Allende, Jorge Burgos, Alfonso De Urresti, Eduardo Díaz Del Río, Andrés Egaña, Álvaro Escobar, Carolina Goic, Denise Pascal y Gonzalo Uriarte.

¹⁴¹ BOLETÍN N° 4432-24. Proyecto que Modifica la Ley N° 17.366, de propiedad intelectual, para perfeccionar el concepto de derechos conexos y precisar su contenido y efecto, agregar nuevos resguardos en beneficio de las interpretaciones y ejecuciones de un artista, y establecer reglas sobre estipulaciones contractuales. 22 de Agosto de 2006.

La hipótesis en que se basaba este proyecto es que, atendida la actual redacción de la Ley N° 17.366, la situación en que se encuentran los artistas intérpretes y ejecutantes en relación al reconocimiento de sus derechos conexos y, en particular, de los derechos morales, es muy desmejorada, ya que estarían siendo perjudicados por una inexistente regulación respecto de las fijaciones de sus interpretaciones o ejecuciones en medios audiovisuales. El proyecto tomaba en especial consideración los derechos conexos que se regulan en los tratados internacionales, como los de OMPI, en que, por ejemplo, se regula el derecho del intérprete o ejecutante a percibir una justa compensación o remuneración con motivo de su labor.

Actualmente, este proyecto se encuentra archivado desde Octubre del año 2007, luego de que estuviera listo para ser informado por la Comisión Especial de la Cultura y de las Artes, de la Cámara de Diputados, desde Agosto del 2006, período en el que no registró grandes avances en su tramitación, debido a la falta de urgencia con que se le calificó.

Finalmente, el 02 de Mayo de 2007, fue ingresado a tramitación en la Cámara de Diputados el “Proyecto que Modifica la Ley N° 17.336, sobre propiedad intelectual”,¹⁴² y cuyo origen se encuentra en un mensaje de la actual Presidente de la República, Michelle Bachellet Jeria.

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

¹⁴² BOLETÍN N° 5012-03. Proyecto que Modifica la Ley N° 17.366, sobre propiedad intelectual. 02 de Mayo de 2007.

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

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

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

Particularmente, sobre este último punto, la propia Ministra del Consejo Nacional de la Cultura y las Artes en ejercicio, Paulina Urrutia, ha manifestado que “de este modo se incorpora la perspectiva ciudadana a una regulación que tradicionalmente se ha restringido a la protección de creadores e industrias y

que ahora protegerá debidamente el consumo cultural de grupos vulnerables”.¹⁴³

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

El mencionado proyecto, que a Marzo del 2008 cuenta con urgencia simple, se encuentra en su segundo trámite constitucional en el Senado. A la fecha se ha concedido plazo extraordinario para efectuar indicaciones, habiendo ya sido aprobado, en general, en Enero de este mismo año por el Senado en pleno, luego de que hicieran lo mismo las Comisiones de Educación y Economía de dicha institución.

En materia de reformas a la Constitución Política de la República, en Octubre del año 2006, un grupo de diputados¹⁴⁴ presentó a tramitación un proyecto destinado a incorporar, como un derecho fundamental, el acceso a la conectividad de redes de información digital.¹⁴⁵ Los parlamentarios fundamentaron su proyecto en que la red de información más importante hoy en día es Internet, que agrupa a su vez a una gran cantidad de otras redes. El acceso a estas redes digitales de información y comunicaciones es fundamental

¹⁴³ CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES. [en línea] En: <www.cnca.cl> [consulta: 27.04.2007].

¹⁴⁴ Grupo de diputados integrado por Guillermo Ceroni, Alfonso De Urresti, Marcelo Díaz, Álvaro Escobar, Ramón Farías, Jorge Insunza, Alberto Robles, Laura Soto, Carolina Tohá y Esteban Valenzuela.

¹⁴⁵ BOLETÍN N° 4612-07. Proyecto de reforma constitucional que incorpora como un derecho esencial el de acceso a conectividad de información digital. 12 de Octubre de 2006.

para la sociedad, y las diferencias en el acceso a ellas es, y será, un factor clave del desarrollo de los países y sus economías.

Hoy en día, este proyecto orientado a disminuir la brecha digital, y a asegurar el acceso a las redes digitales, y al conocimiento que en ellas circula, se encuentra esperando también que se evacue a su respecto el primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara baja.

Otra notable propuesta de reforma a la Carta Fundamental dice relación con un proyecto presentado con anterioridad a la ratificación de los tratados, objeto de estudio en la presente tesis. Es así como el año 1998, un grupo de diputados, se decidió a presentar una propuesta modificatoria que contemplara establecer como una nueva garantía constitucional el acceso a la cultura.¹⁴⁶

La moción, que actualmente también se encuentra a la espera del primer informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, propone la incorporación de un nuevo numeral 27 al artículo 19 de la Constitución Política, con la finalidad de consagrar el derecho a la cultura, junto con la obligación del Estado de promover la misma.

Para ello se fundamenta en la necesidad de que se asignen mayores recursos para el desarrollo de manifestaciones artísticas y culturales de los distintos sectores de nuestro país, los que hasta el momento serían insuficientes, sin que sea menester una calificación previa del Ministerio de Educación. Además se señala que es preciso aumentar las corporaciones culturales a niveles regionales y comunales. Finalmente, se postula que “es necesario establecer como garantía constitucional el acceso a la cultura de todos los chilenos, obligándose de esta forma al Estado a proporcionar los

¹⁴⁶ BOLETÍN Nº 2242-07. Proyecto que reforma la Constitución Política estableciendo como garantía constitucional el derecho a la cultura. 15 de Septiembre de 1998.

medios necesarios para incluir en los programas de Educación Obligatoria contenidos transversales en este sentido, permitir el desarrollo de las diversas manifestaciones culturales y el acceso de todos sus ciudadanos.”¹⁴⁷

Es precisamente en materia de derechos fundamentales, en que se hace sumamente necesario tener presente que el Acuerdo de Asociación con la Unión Europea contiene cláusulas asociadas a dicha clase de derechos, constituyendo uno de los pilares sobre los cuales las partes se acercan y aúnan los criterios de que deja constancia el texto del tratado.

Así, y tal como lo enuncia, en materia de Principios, el artículo 1, número 1, del Acuerdo “El respeto a los principios democráticos y a los derechos humanos fundamentales, tal como se enuncian en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, y al principio del Estado de Derecho inspira las políticas internas e internacionales de las Partes y constituye un elemento esencial del presente Acuerdo”.¹⁴⁸

Atendido lo anterior, es que se vuelve sumamente importante esclarecer si nuestro país estima que uno de los derechos fundamentales a los que debe brindar protección efectiva es el de acceso a la cultura, toda vez que el artículo 27 de la Declaración Universal lo contempla como tal. De ello dependerá tanto el acabo cumplimiento de nuestros compromisos internacionales con la Unión Europea y otros socios comerciales, como las pertinentes reformas constitucionales que permitan dar cabida a este derecho humano en nuestro ordenamiento jurídico interno.

¹⁴⁷ Id. Anterior. Numeral 6.

¹⁴⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 28: Promulga el acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español, febrero 2003. 123 pp.

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

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

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

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

completamente la legislación para cumplir con las obligaciones del TLC donde el período de transición expiró el 1 de enero de 2006”.¹⁴⁹

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

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

Dentro de dichas medidas destaca el remozamiento del Portal de Internet para el Registro de Derechos de Autor y Derechos Conexos, del Departamento de Derecho Intelectuales (DDI), dependiente de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos (DIBAM) del Ministerio de Educación,¹⁵⁰ como una forma de acercar a las personas la regulación de estos derechos, y de enseñarles a protegerlos de mejor manera. Si bien aún no es posible para los autores registrar en línea sus obras, cuando menos pueden obtener digitalmente los formularios e informarse fácilmente acerca de los aspectos más relevantes de la regulación de la propiedad intelectual en Chile.

¹⁴⁹ EL DIARIO FINANCIERO. Chile permanece en lista roja de Estados Unidos sobre propiedad intelectual Gobierno lamenta que no se reconozcan avances legales e institucionales. Paola Díaz Silva. [en línea] En: <<http://www.eldiario.cl>> [consulta: 02.05.2007].

¹⁵⁰ En: <http://www.dibam.cl/derechos_intelectuales> [consulta: 12.07.2007].

En cuanto a la persecución penal de los delitos relacionados con la propiedad intelectual, las estadísticas señalan que se ha hecho un gran esfuerzo a este respecto, ya que ésta se ha endurecido, y se ha hecho mucho más efectiva con el correr del tiempo. Ello se desprende de las cifras que lleva el Ministerio Público, que revelan un aumento sostenido en el número de casos desde el año 2000, y hasta Mayo del 2007.¹⁵¹ Entre el año 2000 y el 2003, el total acumulado de causas era de 1.625; en tanto, que, entre el 2004, en que entró en vigencia el TLC, y Mayo de 2007 es de 17.023 causas. Del total de causa perseguidas entre el año 2000 y Mayo de 2007 (18.648), 4.614 se encuentran suspendidas y 1.724 vigentes. 12.310 de ellas se encuentran ya terminadas, en su gran mayoría (cerca del 70%) a través de salidas judiciales.

Es de esperar que los esfuerzos realizados puedan sacar a Chile de la Lista de Observación Prioritaria estadounidenses, y fortalecer los vínculos comerciales basados en la propiedad intelectual, en breve plazo.

4.2. Materias Afectadas por los Acuerdos Comerciales

Habiendo ya efectuado el análisis del contenido de los tratados suscritos por Chile con la Unión Europea y los Estados Unidos, y de los principales esfuerzos hechos en materia de adecuación normativa, nos encontramos en condiciones de identificar las materias que se han visto, o en un futuro próximo se verán, mayormente impactadas por dichos instrumentos internacionales. Ellas son, en principio, las siguientes:

¹⁵¹ Fuente: Estadísticas del Ministerio Público. Total de Delitos Contemplados en Ley de Propiedad Intelectual. N° de Casos por Año acumulado al 31 de mayo de 2007. Año 2000: 0. Año 2001: 126. Año 2002: 568. Año 2003: 931. Año 2004: 2.159. Año 2005: 4.953. Año 2006: 7.417. Año 2007: 2.492. Total: 18.648.

a. Plazo de duración de la protección del derecho de autor:

La regla general, hasta antes de las modificaciones originadas con motivo de la suscripción del TLC con los Estados Unidos, contemplaba un plazo que se extendía por toda la vida del autor más 50 años luego de producida su muerte. Actualmente dicho plazo se ha extendido a 70 años luego de la muerte del autor, producto de una modificación legal que buscó adecuar nuestra Ley de Propiedad Intelectual al TLC.

b. Normas de observancia de los derechos de autor y conexos:

El TLC enfatiza el mejoramiento de las normas que velan por la protección de los derechos de propiedad intelectual en general, poniendo a disposición de los titulares de dichos derechos más y mejores acciones y procedimientos que les amparen en su ejercicio legítimo.

Este punto ha sido especialmente recogido en la mayoría de los proyectos de ley que han buscado modificar la Ley de Propiedad Intelectual vigente en Chile, tal como hemos señalado en la sección anterior.

Desde la promulgación del TLC y del AA, en análisis, a la hora, se han presentado, a lo menos cinco proyectos, que han buscado modificar la ley vigente en materia de propiedad intelectual (Nº 17.366), con la finalidad de prevenir conductas tales como la piratería y la falsificación. Hasta el momento ninguno de ellos ha finalizado su tramitación, no obstante el debido cumplimiento de los tratados internacionales suscritos por Chile hacen imperiosa una pronta definición respecto de estas materias, tema del que se está haciendo cargo un último proyecto de ley modificatorio de la Ley de Propiedad Intelectual.

c. Regulación para los servicios prestados por los proveedores de Internet (ISP) y su responsabilidad:

Esta es una de las grandes novedades legislativas que introduce el TLC con los Estados Unidos, y es, sin duda, la medida de observancia de los derechos de autor más sui generis en el contexto de nuestra tradición jurídica, ya que establece limitaciones a las medidas que, judicialmente, pueden adoptarse en contra de los ISP, en aquellos casos en que en las redes o sistemas que él maneja se encuentre material infractor de derechos de propiedad intelectual.

Además, introduce un sistema novedoso de resolución de conflictos, a través del sistema de notificación y bajada de contenidos infractores, que no tiene precedentes en la legislación nacional, y cuya forma de incorporación a la misma aún está en discusión con motivo del último proyecto de ley modificatorio de la Ley de Propiedad Intelectual, y que muy probablemente se realice a través de la implementación de un procedimiento de naturaleza judicial.

d. Medidas de Protección Tecnológica:

De acuerdo al TLC, la regulación de las MPT [contenida en el artículo 17.7(5)] debe encontrarse implementada, a más tardar, en el año 2009, atendido el plazo de vacancia establecido en ese mismo instrumento, en el artículo 17.12(2)(c), y que es de 5 años contados desde la vigencia del mismo.

Por su parte el AA, a través de lo dispuesto en su artículo 170, letra b), numerales ii) y iii), hace aplicables las disposiciones de los tratados OMPI sobre derechos de autor (TODA) y sobre fonogramas (TOIEF), en materia de MPT. Estos instrumentos debían encontrarse en condiciones de ser cumplidos al 01

de Enero del 2007, no obstante se encuentran vigentes en Chile desde el año 2003.

Los artículos 11 del TODA y 18 del TOIEF, regulan de forma bastante similar las obligaciones de las partes en materia de medidas tecnológicas, comprometiéndolas a brindar la “protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir medidas tecnológicas efectivas”. Nada dicen acerca de si estas medidas deben proteger el acceso o la utilización de la obra, como sí hace, a favor de las primeras, el TLC.

Resulta interesante destacar que, a pesar de que por vía del AA, estas MPT ya debieran haber sido traspasadas a la legislación nacional, el debate parece haberse diferido hasta la fecha en que el cumplimiento de las obligaciones derivadas del TLC hagan imposible su dilación, esto es, a principios del 2009.

Técnicamente esto nos deja en incumplimiento del AA, que exige que las obligaciones derivadas de estos dos convenios multilaterales se encontraran ejecutadas, adecuada y efectivamente, para principios del año 2007.

El último proyecto de ley modificatoria de la LPI, del año 2007, no se ha pronunciado sobre esta materia, la que probablemente sea regulada con posterioridad a la discusión que se ha generado en torno a la ampliación del régimen de limitaciones y excepciones, tema con el que las MPT se encuentran estrechamente relacionadas, toda vez que la aplicación de estas últimas puede afectar el cumplimiento adecuado de algunas excepciones al derecho de autor, y por ende el acceso a la cultura de algunos grupos de la comunidad.

e. Regulación de la Ingeniería Inversa:

El TLC, en el artículo 17.7(5), letra (d) (ii), a propósito de las MPT y sus excepciones, contempla estas actividades de ingeniería inversa respecto del software, sujetándola al cumplimiento de determinados requisitos.

El proyecto de ley modificatorio de la LPI, del 2007, contempla la inclusión de esta materia en nuestra legislación, iniciativa que no ha estado exenta de polémica. Las empresas del rubro del software han sostenido que el proyecto no se ha limitado a traspasar la excepción, contemplada en el TLC en términos restringidos, esto es como excepción sólo para las MPT, sino que lo ha hecho en términos amplios, que podrían fomentar la piratería en Chile.¹⁵²

Por otra parte, quienes se manifiestan a favor de la inclusión de la ingeniería inversa en nuestra legislación, incluso en términos amplios, lo hacen destacando que ella permite no sólo la interoperabilidad de sistemas computacionales, sino también relevando su importancia en materia de investigación y desarrollo. Es por ello, que se hace necesario contar con una excepción en este sentido, que nos equipare a las regulaciones internacionales, para que se fomenten dichas actividades en Chile.

Sobre las implicancias de esta materia sobre el acceso a la cultura, nos referiremos más adelante.

f. Regulación de derechos conexos:

La ley vigente de derecho de autor, con motivo de las modificaciones propiciadas por el TLC con los Estados Unidos, ha incorporado nueva regulación en materia de derechos conexos. Así, encontramos nuevas

¹⁵² Fuente: http://www.acti.cl/actualidad/noticias/propiedad_intelectual.pdf

definiciones de conceptos relacionados con dichos derechos, tales como el de “productor de fonogramas”, “radiodifusión” y “fijación”, como también el derecho de puesta a disposición del productor de fonogramas del artículo 67 bis de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI); el agotamiento del derecho de distribución por primera venta respecto de los fonogramas, del artículo 68 de la LPI.

Adicionalmente, en materia de derechos conexos, en el futuro se introducirá a la legislación nacional regulación acerca de las copias temporales electrónicas, que el TLC contempla en el artículo 17.6(1), lo que se condice con los nuevos procesos tecnológicos, y que claramente constituirá una novedad para el ordenamiento jurídico nacional.

g. Gestión colectiva de derechos:

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

h. Ratificación de acuerdos internacionales:

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

4.3. Las Materias Modificadas y sus Efectos sobre el Acceso a la Cultura

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

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

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

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

Lo primero que debe tenerse presente es que el plazo de protección del derecho de autor, al margen de la duración específica que éste tenga, implica el goce de derechos exclusivos y excluyentes para su titular. Lógicamente el plazo cobra una relevancia mayor cuando hablamos de derechos de tipo patrimonial, que importan la posibilidad de explotar económicamente la obra, toda vez que los morales no se encuentran sujetos a limitaciones temporales, siendo, por su naturaleza, perpetuos e inalienables.

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

La problemática del acceso a la cultura surge cuando este aumento en los plazos no se encuentra adecuadamente complementado con un régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor apropiado, y que cumpla con la regla de los tres pasos (1.- que se trate de casos especiales, 2.- que no atenten contra la normal explotación de la obra, y 3.- que no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos), que se menciona en la mayoría de los tratados internacionales, y que el mismo TLC se encarga de reiterar. Esta misma postura, que pretende ampliar el actual régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, es la que apoyan instituciones tales como el Colegio de Bibliotecarios de Chile, A.G.,¹⁵³ en nuestro país.

¹⁵³ POSTURA DEL COLEGIO DE BIBLIOTECARIOS DE CHILE A.G. RESPECTO A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES A LA LEY Nº 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL, EN SU SEGUNDO TRÁMITE

En el caso de Chile, el régimen de excepciones al derecho de autor es restringido en cuanto a su aplicación, y se encuentra plasmado en el artículo 38 y siguientes de la Ley de Propiedad Intelectual. Adicionalmente algunos de los proyectos de ley que buscan modificar dicho cuerpo legal han propuesto ampliar dicho régimen de excepciones, para garantizar más posibilidades de acceso a la cultura, sobretodo para aquellos grupos con necesidades especiales, como los discapacitados, o aquellos que no cuentan con la posibilidad de adquirir ejemplares originales de determinada obra por motivos económicos y que necesitan hacerlo en lugares de préstamo público, como bibliotecas sin fines de lucro.

Sin embargo, hasta que alguna de dichas propuestas no se convierta en ley de la República, no es posible hablar de un real equilibrio entre la protección del derecho de autor y el acceso a la cultura, atendido el actual estado de cosas.

Por otra parte, un plazo más extenso de protección de los derechos de autor, implica necesariamente que dicha obra no pasará al dominio público sino una vez expirado él, extendiéndose por consiguiente el período durante el cual la obra es económicamente más atractiva para disponer de ella, y en específico comercializarla. Para el acceso a la cultura esto es de suma importancia, ya que una obra que ha pasado a dominio público es de mucho más fácil acceso que aquella respecto de la cual los derechos patrimoniales se encuentran aún vigentes, produciéndose también una afectación al equilibrio antes mencionado.

En este punto es interesante citar al investigador Daniel Álvarez, quien sostiene que “el plazo excesivo junto al poder monopólico de los titulares del

CONSTITUCIONAL. 07 de Noviembre de 2007. [en línea] En: <http://www.bibliotecarios.cl/descargas/postura_senado.pdf> [consulta: 29.01.2008].

derecho pueden ocasionar daños importantes a la memoria cultural, social e histórica de un país, mediante una legislación cuya razón de ser es precisamente incentivar la creación cultural atendida su importancia social.”¹⁵⁴

Otra modificación importante hecha a la Ley de Propiedad Intelectual dice relación con la introducción de la normativa que regula el agotamiento del derecho de distribución por primera venta. La letra e), inciso segundo, del artículo 18 de la Ley señala que:

“Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido.”

Algo similar se consigna respecto de las interpretaciones y ejecuciones de un artista en el artículo 66 del mismo cuerpo legal, y de los fonogramas para los productores de ellos en el artículo 68.

Pero ¿cómo impacta esta nueva regulación sobre agotamiento del derecho de distribución en el acceso a la cultura? Es interesante efectuar este análisis, e incluso relacionarlo con el del plazo de la protección del derecho de autor.

Así, resulta ser que “otro antecedente interesante a considerar dice relación con que la mayoría de las obras creativas tienen una vida comercial de sólo un par de años. Por ejemplo, la vida comercial de un libro no es superior a cinco años, al quedar descatalogados (o fuera de imprenta) al cabo de ese tiempo. Cuando esto ocurre su comercio se realiza a través de ejemplares usados, los que no están afectos al pago de derechos de autor (operando la

¹⁵⁴ ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. Derecho de Autor y Cultura. [en línea] En: <<http://www.porlacultura.info/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=59&page=1>> [consulta: 05.03.2008].

figura legal del agotamiento del derecho). De esta manera, los autores, en la inmensa mayoría de los casos, sólo reciben beneficios durante los primeros años de la creación de sus obras, no justificándose nuevamente los plazos de protección contemplados en la ley.”¹⁵⁵

Como podemos apreciar, el agotamiento del derecho de distribución con ocasión de haberse realizado la primera venta del ejemplar protegido, parece atemperar, en parte, algunos de los efectos negativos que un aumento del plazo de protección puede provocar, a pesar de ser ésta una modificación que no encuentra su fuente directa en el TLC, sino en el ADPIC¹⁵⁶ y en los tratados OMPI sobre derecho de autor (TODA)¹⁵⁷ y sobre fonogramas (TOIEF),¹⁵⁸ los cuales Chile se ha obligado a ejecutar producto del AA.

Por otra parte, la nueva regulación sobre derecho de autor se ha encargado de especificar y ampliar la protección que dicha ley brinda a los derechos conexos. Para ello ha incorporado nuevas definiciones, tales como la de *Productor de Fonograma*, en la letra k) del artículo 5º de la LPI, *Radiodifusión* (m bis), *Publicación de una Obra* (letra o), y *Fijación* (letra x),

¹⁵⁵ Id. Anterior.

¹⁵⁶ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1995. Decreto Nº 16: Promulga el "Acuerdo de Marrakech", por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los siguientes acuerdos anexos, adoptados el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos, al término de la Octava Ronda de Negociaciones Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) OMC (incluido el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADCPICs o TRIPs), mayo 1995. 42 pp. Artículo 6.

¹⁵⁷ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto Nº 270: Promulga Tratado de la OMPI "Organización Mundial de la Propiedad Intelectual", sobre Derecho de Autor, adoptado el 20 de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, marzo 2003. 35 pp. Artículo 6, Nº 2.

¹⁵⁸ CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto Nº 139: Promulga el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado el 20 de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, agosto 2003. 14 pp. Artículo 8, Nº 2.

todos de la misma norma; así como también ha puntualizado los derechos que le caben al productor de fonogramas en el artículo 67 bis.

Respecto de esta última norma (67 bis LPI), resulta interesante señalar que ella es el resultado de lo dispuesto en el artículo 17.6(5)a del TLC, respecto de los derechos conexos que competen a los productores de fonogramas sobre su fonograma, que para estos efectos resultan ser titulares de derechos de autor, así como también a los artistas intérpretes o ejecutantes, sobre sus obras.

De hecho, la norma de la LPI es un reflejo fiel de la disposición del Tratado, y su importancia radica en que son estos sujetos de derecho quienes están llamados a prohibir o autorizar la puesta a disposición al público de la obra, y por ende su acceso a ella, ya que sea que esta se ejecute por hilo, medios inalámbricos, o “en el lugar y en el momento que dicho miembro del público elija”.¹⁵⁹ Ello resulta una clara alusión a lo que se ha dado en denominar la puesta a disposición del público digital, mediante Internet, por ejemplo, entorno en el cual ha sido regularmente muy difícil controlar el tráfico de obras tanto protegidas como libres de retribución por concepto de derechos de autor, pero que resulta ser uno de los medios más usados para acceder a la cultura en la actualidad.

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

¹⁵⁹ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.914: Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, noviembre 2003. 5 pp. Artículo 3°, N° 11).

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

Respecto a la Ingeniería Inversa, se ha estimado que es necesario que se establezca una excepción en este sentido, que permita descubrir los principios tecnológicos que rigen a un software determinado, con la finalidad de reproducir su funcionamiento al reconstruirlo desde el comienzo para compatibilizarlo con otros (interoperabilidad). Esta actividad, efectuada de manera lícita, fomenta la investigación y desarrollo, la competitividad de los mercados y el progreso en materia de tecnología. De no contemplarse de esta manera en nuestra legislación interna, corremos serio riesgo de ponernos en desventaja frente a terceros países, en que pueda resultar más conveniente desarrollar actividades relacionadas con software, así como también afectaría de manera negativa el derecho fundamental de acceso de las personas, ya sea que éste recaiga sobre las artes, las ciencias, las artes o la tecnología.

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

poner la situación en conocimiento del proveedor de contenidos y a bloquearlo, para limitar su responsabilidad.

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

En suma, los efectos que estas adecuaciones normativas podrían llegar a producir sobre el acceso a la cultura quedan claramente reflejados en el comentario hecho por el diputado Juan Pablo Letelier, durante la discusión del proyecto que culminó con la publicación de la Ley N° 19.914, y que sostiene que “No obstante, hemos avanzado mucho en la legislación interna sobre el particular (derecho de autor), lo que hará más fácil abordar las adecuaciones aquí consideradas. Hay algunas reflexiones que tendremos que hacer después sobre cómo los actores nacionales implementarán estas normas. Digo esto porque se podría dar el caso de que en comunas muy pobres, como San Francisco de Mostazal, a las personas que tienen un pequeño negocio, con diez sillas, las Sociedad del Derecho de Autor les cobre un derecho por tener encendida la radio. Por ello, debemos analizar la forma en que esta norma se aplicará posteriormente. Sería absurdo que este tipo de prácticas generara líos en la relación entre Estados Unidos y Chile; pero entiendo que la adecuación apuntará en otra dirección”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley 19.914, Diario Oficial, 19 de Noviembre de 2003, Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. 106 pp.

4.4. Medidas Paliativas

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

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

Sobre este punto, el profesor Alberto Cerda ha señalado que “en el caso de los países en desarrollo, la ausencia de un adecuado régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor, asociado a la extensión de los plazos de protección, resulta lesivo para la población que carece de ingresos para participar del quehacer cultural; de hecho, la cultura recibe el tratamiento propio de necesidades suntuarias.”¹⁶¹ No obstante el mismo autor, se ha encargado de aclarar que dichas excepciones y limitaciones no constituyen la solución definitiva a este complejo tema, ya que se deben establecer “medidas de resguardo frente a prácticas de licenciamiento y herramientas técnicas mediante las cuales los titulares de derechos procuran restringir la extensión de aquéllas (*limitaciones y excepciones*) y menoscabar el acceso a las obras.”¹⁶²

¹⁶¹ CERDA SILVA, Alberto. Derecho de Autor y Educación. [en línea] En: <http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre2/_2004/tlc/modulo2/clase4/doc/educacion.doc> [consulta: 05.03.2008].

¹⁶² Id. Anterior.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, es interesante destacar que el proyecto modificatorio de la Ley de Propiedad Intelectual, en tramitación desde este año (2007), si bien tiene constantemente presente que debe procurar la adecuación de la ley a los compromisos internacionales vigentes, no deja de lado los principios y normas constitucionales que le rigen, y busca soluciones que ayuden a aminorar los

eventuales efectos negativos de la regulación contenida en los tratados, en razón de la amplitud de los términos en que se encuentra redactado.

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

Para ello el proyecto opta por establecer un procedimiento judicial de naturaleza breve y sumaria, que implique que el afectado deba ocurrir ante la justicia para que sea ésta quien impetre la orden de bajada de los contenidos eventualmente infractores del derecho de autor, evitando con ello la lesión de principios constitucionales, tales como el de legalidad y de regulación de potestades del Poder Judicial. Éste último es el llamado a resolver los conflictos suscitados entre particulares, que se produciría con la implementación lisa y llana de un sistema directo de notificación y bajada que implique al proveedor de servicios una suerte de fiscalización e intromisión directa en los contenidos que circulan por sus redes, además de la vulneración de la privacidad que implicaría esta vigilancia o supervisión de los datos.

CONCLUSIONES

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

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

También creo que esa regulación de derecho de autor debe gozar de un saludable equilibrio entre dos elementos: la “Protección” de las obras, por una parte, y el “Acceso” a ellas, por la otra.

En este sentido postulo que debe distinguirse claramente la piratería del acceso al conocimiento, ambos no pueden ser malentendidos hasta el punto de la confusión. Es por ello que esta tesis ha dedicado uno de sus capítulos para explicar in extenso el significado y contenido de dicho concepto, aún novedoso, incluso en el foro internacional, pero a cuyo respecto se discute hace algún tiempo sobre su condición de derecho fundamental.

Precisamente, sobre este punto aún no pueden extraerse conclusiones pacíficas, pero siendo necesario tomar una posición, y argumentarla, para aportar a la discusión que de seguro, tomará cada vez mayor protagonismo nacional e internacionalmente, hemos señalado que estamos a favor de considerar al acceso al conocimiento como un derecho fundamental. Para ello no sólo nos valemos de los obvios argumentos de texto, contenidos en los tratados internacionales, sino también en principios rectores tales como la equidad, la justicia y los principios formadores de una sociedad democrática, los que no pueden sino llevarnos a concluir que el acceso a la cultura es un derecho humano.

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

Como ya hemos señalado, nuestra conclusión es que el acceso a la cultura, es un derecho fundamental, ya que dicho carácter le ha sido reconocido en instrumentos internacionales de derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos así como en su par, la versión

Interamericana, entre otros. Es más, la propia Unión Europea, en el Acuerdo Comercial suscrito con Chile, ha relevado la importancia de esta clase de instrumentos, como base para la relación de ambas partes, como ya hemos visto en capítulos anteriores.

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

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

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

Por una parte, podemos sostener que resulta innegable que la influencia de ambos tratados analizados, aunque en mayor medida el TLC con los Estados Unidos, han propugnado un incremento de las normas antipiratería,

buscando tipificar las conductas lesivas de los derechos de autor y penalizarlas de manera ejemplar, asimismo como fortalecer las normas de observancia para hacer valer los derechos de autor eventualmente lesionados. Esta tendencia fortalece la normativa de derechos de autor, sin duda, y representa un avance notable respecto del actual estado de cosas en Chile, propugnando la consolidación del sistema de protección de los derechos de autor, que es clave para el logro de un balance normativo.

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

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

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

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

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

Este mecanismo, mal utilizado, se podría llegar a convertir en una poderosa herramienta para entorpecer el acceso al conocimiento. Bajo la premisa, y a la vez el prejuicio, de que Internet es un medio en el cual las infracciones al derecho de autor prosperan sin freno posible, este sistema directo de notificación y bajada, que opera mediando un aviso directo entregado, con los requisitos que el tratado señala, al proveedor de servicios de Internet por parte del eventual titular de derechos, puede convertirse en un serio obstáculo que bloquee la circulación de obras libres de derechos de autor en la red, ya que la comprobación de la titularidad y vigencia de dichos derechos alegados quedará entregada directamente a las partes.

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

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

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

contenidos en la red, de acuerdo a lo dispuesto por la Copyright Royalty Board, aprobada en Mayo del año 2007.

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

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

Es por ello, que urge tener presente la eventual afección al acceso a la cultura que una regulación poco clara puede llegar a tener, aún más cuando hemos podido apreciar a lo largo de este estudio, que Chile ha sido privilegiado, en relación a sus pares sudamericanos, con disposiciones en el TLC que le entregan una mayor flexibilidad a la hora de implementar las disposiciones relativas a MPT. En este sentido, sería esperable que se siguieran algunas de las recomendaciones de implementación, hechas por la Electronic Frontier Foundation,¹⁶³ tales como: limitar expresamente la protección legal de las MPT a la violación de derechos de autor, dar cabida a la elusión con propósitos legítimos; prohibir el uso anticompetitivo de las MPT, eximir de responsabilidad civil o penal a los infractores inocentes y a las bibliotecas sin fines de lucro, archivos e instituciones educacionales, entre otras.

¹⁶³ LAS MPT EN EL TLC ENTRE ESTADOS UNIDOS Y CHILE. Electronic Frontier Foundation. [en línea] En: <<http://www.cpsr-peru.org/lpi/can/mpt/chile/chile#>> [consulta: 24.03.2008].

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

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

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

A favor del acceso debemos destacar la consagración en la Ley del “agotamiento del derecho por primera venta”, que protege el acceso de la población a la cultura que se vende “de segunda mano” y que se encuentra exenta de nuevo pago de derechos de autor, entregando opciones más económicas e igualmente legítimas para acceder a los bienes culturales disponibles.

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

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

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

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

No obstante ello, el proceso normativo adecuatorio es, y ha sido también, una enorme oportunidad de debatir acerca de nuevos temas, tales como el acceso, que urge reconocer y amparar legalmente en Chile, lo que se ha visto

reflejado en el último proyecto modificador de la Ley de Propiedad Intelectual, en actual discusión en el Congreso Nacional. Conjuntamente se debe buscar la promoción de mejores estándares de protección para el derecho de autor, siempre en pos de lograr un balance entre ambos elementos.

En este mismo sentido, ha resultado sumamente interesante el contrapunto efectuado entre los dos tratados analizados en esta tesis, que dejan de manifiesto los diferentes estilos negociadores e integradores de nuestros socios comerciales en Europa y Norteamérica, pero en que subyace la intención de promover los derechos de autor, a la par del acceso a la cultura, como hemos podido apreciar. Salvo en algunos casos puntuales, como por ejemplo el de las MPT y del sistema de notificación y bajada de los ISP, se deberá tener especial cuidado al momento de su implementación, para no descuidar el aspecto del acceso a la cultura.

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

Resulta esperable que en el lapso de algunos años, podamos contar con una legislación autoral que equilibre la protección de los derechos de los creadores, más que los de los titulares, con el derecho fundamental de acceso de la población a la cultura y a los beneficios que de ellas derivan. Para ello será fundamental contar con un régimen de derecho de autor que sea capaz de resguardar nuestro patrimonio cultural de manera lícita, y que se encuentre

suficientemente adecuado al nuevo entorno digital que nos rodea, permitiendo su legítimo desarrollo con respeto a los derechos vigentes.

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

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

BIBLIOGRAFÍA

1. A2K: ACCESS TO KNOWLEDGE = MAKE IT HAPPEN. [en línea] En: <<http://www.indicare.org>> [consulta: 12.11.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.
2. ÁLVAREZ V., Daniel y CERDA S., Alberto. Exigibilidad del Tratado de Libre Comercio. En: De mal en peor: TLCs subregionales y bilaterales. El ALCA por entregas. Serie Alcatemas (13). Bogotá, Colombia, 2004. pp. 45 y ss.
3. ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. Derecho de Autor y Cultura. [en línea] En: <<http://www.porlacultura.info/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=59&page=1>> [consulta: 05.03.2008].
4. ÁLVAREZ VALENZUELA, Daniel. Libertad de Expresión en Internet y el control de Contenidos Ilícitos y Nocivos. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía Lorena Donoso Abarca. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2004.
5. AMNISTÍA INTERNACIONAL. ¿Qué son los DESC?. [en línea] En: <<http://www.es.amnesty.org/temas/derechos-economicos-sociales-y-culturales/pagina/que-son-los-desc/>> [consulta: 21.02.2008].
6. AUTOR Y DERECHO. CIBERRREVISTA SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL. Universidad de La Rioja, España. [en línea] En: <<http://www.unirioja.es/dptos/dd/civil/autor.html>> [consulta: 20.05.2007].
7. BALKIN, Jack M. [en línea] En: <<http://balkin.blogspot.com>> [consulta: 14.11.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.

8. BERKELEY TECHNOLOGY LAW JOURNAL. Universidad de Berkeley, California, Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] En: <<http://www.btlj.boalt.org>> [consulta: 23.04.2007].
9. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. Historia de la Ley, Compilación de Textos Oficiales del Debate Parlamentario, Ley 19.914, Diario Oficial, 19 de Noviembre de 2003, Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América. 106 pp.
10. BOLETÍN SOBRE DERECHO DE AUTOR. 2001. United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO). (Vol. XXXV, No. 3). [en línea] En: <<http://www.unesco.org>> [consulta: 18.04.2007].
11. BOLETÍN N° 2986-07. Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.336, para combatir de mejor forma los delitos en contra de la propiedad intelectual y los derechos de autor. 04 de Julio de 2002.
12. BOLETÍN N° 3313-07. Proyecto de Ley que Modifica la Ley N° 17.336, sobre propiedad Intelectual, en materia de delitos en contra del derecho de autor y los derechos conexos al derecho de autor. 12 de Agosto de 2003.
13. BOLETÍN N° 3461-03. 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. 22 de Enero de 2004.
14. BOLETÍN N° 4432-24. Proyecto que Modifica la Ley N° 17.366, de propiedad intelectual, para perfeccionar el concepto de derechos conexos y precisar su contenido y efecto, agregar nuevos resguardos en beneficio de las

interpretaciones y ejecuciones de un artista, y establecer reglas sobre estipulaciones contractuales. 22 de Agosto de 2006.

15. BOLETÍN N° 5012-03. Proyecto que Modifica la Ley N° 17.366, sobre propiedad intelectual. 02 de Mayo de 2007.

16. BOLETÍN N° 4612-07. Proyecto de reforma constitucional que incorpora como un derecho esencial el de acceso a conectividad de información digital. 12 de Octubre de 2006.

17. BOLETÍN N° 2242-07. Proyecto que reforma la Constitución Política estableciendo como garantía constitucional el derecho a la cultura. 15 de Septiembre de 1998.

18. CANALES L., María Paz y SOFFIA A., María del Pilar. Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor guía Alberto Cerda Silva. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago, Chile. 2007.

19. CERDA SILVA, Alberto. Derecho de Autor y Educación. [en línea] En: <http://www.plataforma.uchile.cl/fg/semestre2/_2004/tlc/modulo2/clase4/doc/educacion.doc> [consulta: 05.03.2008].

20. CHILE. Ministerio de Educación. 1970. Ley N° 17.366: Propiedad intelectual, octubre 1970. 32 pp.

21. CHILE. Ministerio de Justicia. 2000. Decreto con Fuerza de Ley N° 1: Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. 476 pp.

22. CHILE. Ministerio del Interior. 1980. Decreto Ley N° 3464: Aprueba nueva Constitución Política y la somete a ratificación por plebiscito, agosto 1980. 74 pp.
23. CHILE. 1833. Constitución Política de la República de Chile.
24. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. D.F.L. N° 3: Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Ley de Propiedad Industrial, Marzo de 2006. 70 pp.
25. CHILE. Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción; Subsecretaría de Economía, Fomento y Reconstrucción. 2006. Ley N° 19.996: Modifica la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial, Marzo de 2005. 29 pp.
26. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.912: Adecua la Legislación que Indica Conforme a los Acuerdos de la Organización Mundial del Comercio OMC Suscritos por Chile, noviembre 2003. 9 pp.
27. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19.914: Adecua la Legislación que Indica al Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, noviembre 2003. 5 pp.
28. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1946. Ley N° 8.402: Dispone cumplir y llevar a efecto como Ley de la República la Carta de las Naciones Unidas, enero 1946. 1 pp.
29. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1955. Decreto N° 74: Ordena cumplir y llevar a efecto como Ley de la República la Convención

Interamericana sobre el Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas, julio 1955. 4 pp.

30. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1955. Decreto N° 75: Ordena cumplir y llevar a efecto como Ley de la República la Convención Universal sobre Derecho de Autor la Declaración Anexa, el Protocolo y Resolución que indica, julio 1955. 6 pp.
31. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1971. Decreto N° 511: Aprueba Reformas a la Carta de la Organización de Estados Americanos, agosto 1971. 6 pp.
32. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1971. Decreto N° 266: Promulga Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito en París el 24 de Julio de 1971, junio 1975. 35 pp.
33. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1989. Decreto N° 326: Promulga el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre de 1969, mayo 1989. 10 pp.
34. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1991. Decreto N° 873: Aprueba Convención Americana sobre Derechos Humanos denominada "Pacto de San José de Costa Rica", enero 1991. 21 pp.
35. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1995. Decreto N° 16: Promulga el "Acuerdo de Marrakech", por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, y los siguientes acuerdos anexos, adoptados el 15 de abril de 1994 en Marrakech, Marruecos, al término de la Octava Ronda de

Negociaciones Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) OMC (incluido el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio ADCPICs o TRIPs), mayo 1995. 42 pp.

36. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 270: Promulga Tratado de la OMPI "Organización Mundial de la Propiedad Intelectual", sobre Derecho de Autor, adoptado el 20 de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, marzo 2003. 35 pp.
37. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 139: Promulga el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, adoptado el 20 de diciembre de 1996 por la Conferencia Diplomática sobre Ciertas Cuestiones de Derecho de Autor y Derechos Conexos, celebrada en Ginebra, Suiza, del 2 al 20 de diciembre de 1996, agosto 2003. 14 pp.
38. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 28: Promulga el acuerdo por el que se establece una asociación entre la República de Chile, por una parte, y la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, por la otra, sus anexos, declaraciones conjuntas y la corrección introducida al artículo 40 del anexo III, en su versión en español, febrero 2003. 123 pp.
39. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 2003. Decreto N° 312: Promulga el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, sus anexos y las notas intercambiadas entre ambos gobiernos relativas a dicho tratado, diciembre 2003. 264 pp.

40. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1975. Decreto Promulgatorio N° 266, 05 de Junio de 1975.
41. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1955. Decreto Promulgatorio N° 74, 21 de Julio de 1955.
42. CHILE. Ministerio de Relaciones Exteriores. 1955. Decreto Promulgatorio N° 75, 26 de Julio de 1955.
43. CONGRESO NACIONAL. Primer Informe de la Comisión de Economía, Fomento y Desarrollo de la Cámara de Diputados. [en línea] En: <<http://sil.senado.cl/pags/index.html>> [consulta: 18.03.2007].
44. CONSEJO NACIONAL DE LA CULTURA Y DE LAS ARTES. [en línea] En: <www.cnca.cl> [consulta: 27.04.2007].
45. CYBERLAW NEWSLETTER. Stanford Law Center for Internet and Society. Universidad de Stanford, California, Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] En: <<http://cyberlaw.stanford.edu>> [consulta: 20.03.2007].
46. DECLARACIÓN DE GINEBRA SOBRE EL FUTURO DE LA OMPI. [en línea] En: <<http://peru.cpsr.org>> [consulta: 04.12.2006].
47. DECLARACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES EN APOYO DE LA PROPUESTA DEL GRUPO DE AMIGOS DEL DESARROLLO. [en línea] En: <www.ipjustice.org> [consulta: 03.12.2006].
48. DERECHO DE AUTOR: UN DESAFÍO PARA LA CREACIÓN Y EL DESARROLLO. 2004. Eduardo Carrasco (editor), José Weinstein Cayuela “et al”. Santiago de Chile, LOM Ediciones. 237 pp.

49. DERISI, Octavio. “Conocimiento y Cultura”. [en línea] En: <<http://200.16.86.50/digital/DERISI/DERISI-articulos/Derisi109-109.pdf>> [consulta: 25.03.2007].
50. EL DIARIO FINANCIERO. Chile permanece en lista roja de Estados Unidos sobre propiedad intelectual Gobierno lamenta que no se reconozcan avances legales e institucionales. Paola Díaz Silva. [en línea] En: <<http://www.eldiario.cl>> [consulta: 02.05.2007].
51. ERDOZAIN LÓPEZ, José Carlos. 2002. Derechos de autor y propiedad intelectual en internet. Madrid, España. Editorial Tecnos. 210 pp.
52. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE ASOCIACIONES DE BIBLIOTECARIOS E INSTITUCIONES (IFLA). 2004. Limitaciones y excepciones al derecho de autor y derechos afines en el entorno digital: Una perspectiva internacional de las bibliotecas. [en línea] En español: <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=9065&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html> En inglés: <<http://www.ifla.org/III/clm/p1/ilp.htm>> [consulta: 18.05.2007].
53. FIX-ZAMUDIO, H. y VALENCIA CARMONA, S. 2001. Derecho Constitucional Mexicano y Comparado. México. 2ª ed. pp. 413 y ss.
54. GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio. 2001. El derecho de autor en Internet: la directiva sobre derecho de autor y derechos afines en la sociedad de la información. Granada. Editorial Comares. 647 pp.
55. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda. Estado Constitucional y Protección Internacional. [en línea] En:

- <<http://www.cejamericas.org/doc/documentos/pasado-der-humanos.pdf>>
[consulta: 06.04.2007].
56. HARVARD LAW REVIEW. Universidad de Harvard, Boston, Massachussets, Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] En: <<http://www.harvardlawreview.org>> [consulta: 12.04.2007].
57. HARVEY, Edwin. 1995. Derechos Culturales. [en línea] En: <<http://www.derechoycultura.org.ar/skins/derechosCulturales/download/Harvey,%20Derechos%20culturales.pdf>> [consulta: 21.02.2008].
58. HERRERA SIERPE, Dina. 1999. Propiedad intelectual derechos de autor. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 479 pp.
59. HINZE, Gwen. Siete recomendaciones sobre la implementación de medidas de protección tecnológica. [en línea] En: <<http://www.cpsr-peru.org/lpi/can/mpt/siete/siete.pdf>> [consulta: 06.03.2008].
60. Las MPT en el TLC entre Estados Unidos y Chile. Electronic Frontier Foundation. [en línea] En: <<http://www.cpsr-peru.org/lpi/can/mpt/chile/chile#>> [consulta: 24.03.2008].
61. LESSIG, Lawrence. 2004. Cultura Libre o Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity [en línea] En: <<http://www.elastico.net>> [consulta: 10.04.2007].
62. LIPSZYC, Delia. 1993. Derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, Buenos Aires, Argentina. 897 pp.

63. LIPSZYC, Delia. 2004. Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, Buenos Aires, Argentina. 515 pp.
64. MANSILLA, H. C. F. Algunas observaciones críticas sobre derechos humanos e intereses grupales. [en línea] En: <http://www.lostiempos.com/noticias/03-07-05/03_07_05_pv1.php> [consulta: 21.02.2008].
65. OFFSETTING IPR`S ADVERSE EFFECTS ON ACCESS TO KNOWLEDGE. [en línea] En: <<http://www.access2knowledge.org/cs/node/112?PHPSESSID=bf6842d4c5d699c5523f44>> [consulta: 05.12.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.
66. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1945. Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre. [en línea] En: <<http://www.biotech.bioetica.org/d99.htm>> [consulta: 12.01.2008].
67. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. 1999. Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales "Protocolo de San Salvador". [en línea] En: <<http://www.oea.org>> [consulta: 02.07.2007].
68. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 1948. Declaración Universal de los Derechos Humanos. [en línea] En: <<http://www.un.org>> [consulta: 02.07.2007].
69. ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS. 1945. Carta de las Naciones Unidas. [en línea] En: <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/ch-cont_sp.htm> [consulta: 22.12.2007].

70. PEREZ LUÑO, Antonio Enrique. 1996. Derechos Humanos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma? En Derechos Humanos y Constitucionalismo Ante el Tercer Milenio. Madrid. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales. pp. 11-52.
71. PIÑEIRO UGARTE, Lorena. Responsabilidad de los ISPs por violación a la propiedad intelectual: Estados Unidos, Europa y Chile. En: Revista Chilena de Derecho Informático. Santiago, Chile. Nº 5, 2005. Pág. 187 y ss.
72. POSTURA DEL COLEGIO DE BIBLIOTECARIOS DE CHILE A.G. RESPECTO A LA DISCUSIÓN DEL PROYECTO DE LEY QUE INTRODUCE MODIFICACIONES A LA LEY Nº 17.336 SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL, EN SU SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL. 07 de Noviembre de 2007. [en línea] En: <http://www.bibliotecarios.cl/descargas/postura_senado.pdf> [consulta: 29.01.2008].
73. QUEZADA FONSECA, Luis Eduardo. 2000. Hacia una nueva institucionalidad cultural chilena. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad Central de Chile. 118 pp.
74. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. [en línea] En: <www.rae.es> [consulta: 09.04.2007].
75. REVISTA CHILENA DE DERECHO INFORMÁTICO (5): 135-147. Centro de Estudios en Derecho Informático, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

76. RIFKIN, Jeremy. 2000. La era del acceso. La revolución de la nueva economía. Barcelona. Ediciones Paidós Ibérica. 366 pp.
77. RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia. 2002. La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación. Madrid, Universidad Carlos III. Editorial Dykinson. 481 pp.
78. RUIZ-TAGLE VIAL, Pablo. 2001. Propiedad intelectual y contratos. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 681 pp.
79. SASTRE, Fernando y NAVARRO, Andrea. “¿Qué entendemos por cultura?”. [en línea] En: <www.monografias.com/trabajos13/quentend/quentend.shtml> [consulta: 07.04.2007].
80. SCHMITZ VACCARO, Christian. El Tratado de Libre Comercio Chile-EE.UU.: fuente del nuevo derecho de propiedad intelectual. En: Revista de Derecho Universidad Católica de la Santísima Concepción. Concepción, Chile. Nº 12, 2004. Pág. 145 y ss.
81. SOCIEDAD CHILENA DEL DERECHO DE AUTOR. 2001. Legislación chilena sobre propiedad intelectual: textos íntegros (edición no oficial). Santiago, Chile. SCD. 309 pp.
82. STANDFORD TECHNOLOGY LAW REVIEW. Facultad de Derecho, Universidad de Stanford, California, Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] En: <<http://stlr.stanford.edu>> [consulta: 20.03.2007].

83. STEINER, Christine. 1998. Intellectual Property and the Right to Culture. [en línea] En: <<http://www.wipo.int>> [consulta: 12.06.2007]. Traducción libre del texto digital en inglés.
84. TEITELBAUM – LYON, Alejandro. Los tratados bilaterales de libre comercio (El ALCA está entre nosotros). [en línea] En: <<http://www.choike.org/documentos/teitelbaum.pdf>> [consulta: 31.03.2008].
85. TREATY ON ACCESS TO KNOWLEDGE. Borrador al 9 de Mayo de 2005. [en línea] En: <www.cptech.org> [consulta: 03.12.2006]. Traducción libre del texto digital en inglés.
86. WEINSTEIN CAYUELA, José. 2005. Discurso Inauguración Seminario. En: SEMINARIO Propiedad Intelectual y Situación de la Industria Editorial en Chile: 4 de abril de 2005. Santiago, Cámara Chilena del Libro y Comisión Europea en Chile. 8 pp.
87. YALE LAW JOURNAL. Universidad de Yale, New Haven, Connecticut, Estados Unidos de Norteamérica. [en línea] En: <<http://www.yalelawjournal.org>> [consulta: 20.04.2007].