

CREATIVE COMMONS CHILE

**Observaciones al proyecto que modifica la ley
de propiedad intelectual 17.336 (Boletín
5012-03)**

**Informe para la Comisión de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología del
Senado de la República**

Informe preparado por Claudio Ruiz Gallardo
**CREATIVE COMMONS CHILE Observaciones al proyecto que modifica la ley de
propiedad intelectual 17.336 (Boletín 5012-03)**

Creative Commons es un movimiento internacional que pretende destacar la importancia de la decisión de los autores y artistas en la gestión de sus contenidos en Internet. Así es como desde 2003 al día de hoy existen más de 160 millones de obras –sólo en Chile más de 280 mil– que han sido licenciadas por sus autores con la cláusula de "algunos derechos reservados", lo que significa que han optado por una alternativa que flexibiliza los rígidos parámetros de regulación del derecho de autor actualmente existentes.

Las cifras ilustran lo que se ha transformado un movimiento global de creadores a favor de un sistema de propiedad intelectual que equilibre todos los intereses en juego en la materia, tanto el de los autores como el de los titulares y el público. Lo anterior responde a una necesidad de equilibrar un sistema que normativamente ha tendido a proteger un modelo de negocio que no se aviene con la masificación e influencia de las nuevas tecnologías en la vida de todos nosotros, intentando regular a través de leyes del pasado, los desafíos de la era de la información.

Es que los medios de distribución siempre han condicionado la regulación de los derechos de autor. Sin ir más lejos no es sino a partir de la masificación de la imprenta móvil por parte de Gutenberg que comienza a cobrar sentido la necesidad de regular la forma y el modo en que los dueños de imprentas distribuirían las reproducciones realizadas. Un siglo más adelante, dicha regulación alcanza a los autores y la distribución de las regalías generadas por las reproducciones de sus obras intelectuales.

Hoy nos encontramos en un momento crucial para el derecho de autor, el modelo de producción y distribución de los bienes culturales, los autores y el público. Momento clave porque en los últimos años hemos sido testigos de la masificación de la tecnología y de Internet, que ha supuesto desafíos y oportunidades para todos los actores involucrados.

Lo anterior, por cierto, ha llevado a que en la discusión sobre derecho de autor, tanto nacional como internacionalmente verse constantemente sobre los aspectos comerciales que dicha regulación implica para la industria existente, no necesariamente para los autores. Y los resultados están a la vista, principalmente en los acuerdos llegados en el seno de la Organización Mundial de Comercio y a partir de Tratados de Libre Comercio, como el suscrito por Chile y Estados Unidos, donde se regulan los derechos de autor no en su carácter de protectores de artistas y de generadores de cultura, sino que centrandolo su análisis en la preservación de los intereses comerciales corporativos que están en juego. No es de extrañar que quizás uno de los cambios más importantes que haya tenido

nuestro principal socio comercial, Estados Unidos, en la materia haya sido el aumento del plazo de protección de 50 a 70 años luego de la muerte del autor, respondido a los intereses de Disney y su lobby para evitar que las primeras apariciones del Ratón Mickey pasen a ser parte del patrimonio cultural común.

El adecuado equilibrio normativo que debiera garantizar toda regulación, y en particular la de derecho de autor, se ha visto peligrosamente vulnerado a partir de este tipo de decisiones legislativas, afectando tanto a una gran cantidad de creadores que ven en Internet una plataforma novedosa para la difusión de sus contenidos, como también de nuevos emprendimientos comerciales basados en la así denominada "nueva economía", que en definitiva ven conculcadas las infinitas posibilidades de crecimiento que entrega la tecnología debido a una normativa que no se adecua a las nuevas necesidades.

Desde el punto de vista de los autores, esto ha supuesto que nuevas manifestaciones artísticas que usan precisamente estas tecnologías se vean amenazadas por un modelo normativo que responde a los intereses de los autores del siglo pasado, no del siglo XXI. En esta situación, sin ir más lejos, se encuentran cientos de músicos jóvenes en nuestro país y en todo el mundo que utilizando herramientas con altos componentes tecnológicos, pueden crear y re crear melodías creativamente a partir de canciones y música ya existente, re contextualizando el contenido para dar forma a una nueva forma artística. Músicos jóvenes chilenos que utilizan sus computadores y sus precarias conexiones a Internet para realizar samples de música para crear algo nuevo, quienes hacen hip-hop y música electrónica, en lugar de premiarlos por su creatividad, nuestra ley los castiga severamente como delincuentes. Una ley desequilibrada termina castigando, así, nuevas formas de creatividad.

Lo que ya hicieron René Magritte, Marel Duchamp, Salvador Dalí, Max Ernst, Man Ray y Andy Warhol, en el mundo del arte; Paul McCartney, Chuck Berry y Elvis Presley en el mundo de la música, y que transformaron completamente la creación y el arte tal como lo concebimos, hoy no es posible hacerlo sin vulnerar la ley, según los altos e innecesarios estándares de protección que se pretende imponer.

Desde el punto de vista de la industria, por otro lado, la situación no es diferente. La tecnología e Internet han puesto en gran tensión el mundo de la industria cultural tradicional precisamente por los necesarios cambios que deben realizar para poder subsistir. Es que, como decíamos, el derecho de autor siempre ha estado condicionado con los avances de la técnica. Cuando en 1984 la compañía japonesa Sony masificaba en Estados Unidos la fabricación de un nuevo aparato tecnológico, la industria de la época, representada por el hoy fallecido presidente de la poderosa RIAA (Recording Industry Association of America) Jack Valenti, señalaba al Congreso norteamericano:

“Estamos enfrentando un nuevo y complicado asalto (...). Estamos sufriendo una sangrienta hemorragia, a menos que este Congreso a lo menos proteja una industria... cuyo futuro completamente depende de

su protección del salvajismo y de la destrucción de esta máquina.”

“(Algunos dicen) que es el más grande amigo que los productores de películas americanos pudieron tener. Yo digo que es para los productores de películas y para el público americano lo que el estrangulador de Boston es para las mujeres solas en casa.”

Evidentemente, lo que Valenti temía que produciría la muerte de su industria terminó siendo su aliado. Se estaba refiriendo al grabador de VHS.

Y no es sino correlato de lo anterior lo que sucede hoy con la regulación del derecho de autor en relación con las nuevas tecnologías. La lectura de la industria del entretenimiento supone una visión catastrófica, apocalíptica de la situación cultural actual, pero lo que en realidad está sucediendo es que el mundo y la economía está cambiando radicalmente, y lo que pretenden hacer so pretexto de la protección de los autores y creadores es la protección de un modelo de negocio que han explotado en los últimos ochenta años y que se pone en jaque precisamente con esta tecnología. Mientras la industria de la música sigue diciendo que están en una crisis terminal, en Santiago el fin de semana recién pasado los santiaguinos disfrutaron de los shows de músicos de la talla de Bjork, Steve Vai, Toto y Chemical Brothers, congregando a más de cincuenta mil personas en total que pagaron más de veinte mil pesos en promedio por ubicación.

Un país como el nuestro, que se tome en serio la regulación de los derechos de autor, debe entender que éste debe responder a las necesidades de su época y no necesariamente resguardar intereses corporativos de quienes no se adaptan a la nueva realidad que supone la masificación de la tecnología. Es por eso que vemos con muchísimo interés la reforma a la ley de propiedad intelectual hoy en discusión, toda vez que su espíritu responde a la necesidad que tenemos como país de adecuar nuestra normativa a estos desafíos.

Es así como hemos identificado en el proyecto de ley que intenta reformar la ley 17.336 a lo menos tres puntos a destacar para efectos que esta reforma logre los adecuados equilibrios normativos que permitan insertarnos en el mundo globalizado e interconectado con una normativa que responda a los equilibrios necesarios y a todos los intereses que se encuentran en juego.

1.- Excepciones y Limitaciones

Comparando normativas de países de la región, lo que se acrecienta cuando se analizan países desarrollados, es posible establecer que Chile carece de un estándar mínimo de excepciones que permita balancear el interés de los titulares de derecho de autor con los derivados del interés público. En este sentido, el esfuerzo que ha hecho el gobierno para establecer un número mayor de excepciones en la ley es loable y se condice con la necesidad de adecuar la

normativa interna no sólo a estándares de protección de intereses de titulares de derechos, sino que también a estándares derivados del interés público.

Además de lo anterior, merece la pena destacar la excepción del artículo 71 O referida específicamente a programas computacionales. Esta norma responde a estándares normativos que se contemplan en buena parte de las legislaciones de la región y en la de nuestros principales socios comerciales, toda vez que dicen relación con usos para efectos de (a) sea esencial para su uso; (b) ingeniería inversa con fines de interoperatividad; (c) ingeniería inversa con fines de investigación y desarrollo. Tal como se entiende, en caso alguno estas normas tienen como finalidad permitir usos distintos a los que explícitamente se señalan, y pretende por cierto adecuar la normativa a estándares de nuestros socios comerciales desde el punto de vista del fomento de la industria local del software. En caso contrario, de no tener estas normas, tendríamos la paradoja que sería más económico realizar desarrollo e investigación de software en Estados Unidos que en Chile.

2.- Dominio Público

Junto con un sistema robusto de excepciones y limitaciones, es en el fortalecimiento del dominio público donde se manifiesta el equilibrio de intereses entre los titulares de derecho y el público. En este sentido, el proyecto de ley ofrece un desarrollo muchísimo más adecuado que el actualmente existente, en particular en lo referente al cómputo del plazo de protección y al endurecimiento de las sanciones para quienes realicen apropiación de obras de dominio público. En todo caso, llama la atención que la Cámara de Diputados haya decidido no hacerse cargo de un adecuado tratamiento de las obras creadas por empleados públicos en el ejercicio de sus funciones y de las obras creadas por encargo de un organismo público, salvo acuerdo en contrario.

La ausencia de la referencia anterior produce perniciosos efectos desde el punto de vista de la certeza jurídica del tratamiento de obras que son financiadas con fondos públicos. Parece razonable, de hecho en buena varios países del globo incluido Estados Unidos así lo es, que las obras intelectuales que son desarrolladas por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo se encuentren en el dominio público y no en el dominio privado del funcionario, ni en el estatal. La ausencia de un tratamiento similar deja a nuestra legislación con un vacío poco argumentable, principalmente respecto de la titularidad de las sentencias judiciales y de las leyes mismas. Creemos imprescindible hacerse cargo de estas cuestiones desde el punto de vista del fortalecimiento del patrimonio cultural común.

3.- Sanciones Penales

Se visualizan problemas muy importantes en este sentido en el proyecto en

estudio. El artículo 79 propuesto contiene una serie de problemas que desafían los principios generales que debieran regular el derecho penal, tales como el principio de proporcionalidad y el de lesividad. En este sentido, llama la atención que no obstante intentar homologar estas normas a las del hurto del artículo 446 del Código Penal, se verifican matices que hacen altamente cuestionable la forma en la que el artículo 79 propuesto intenta enfrentar la problemática de los delitos contra la propiedad intelectual.

· Informe preparado por Claudio Ruiz Gallardo, Creative Commons Chile
Creative Commons Chile – Algunos Derechos Reservados – Atribución – Compartir Igual
Creative Commons Chile – Algunos Derechos Reservados