

REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA
SEGUNDO SEMESTRE 2015 VOL. 4 NÚM. 2



REPRESENTANTE LEGAL

PROF. DAVOR HARASIC YAKSIC
Decano, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

DIRECTOR RESPONSABLE

PROF. ALEX PESSÓ STOULMAN

EDITOR GENERAL

PROF. DANIEL ÁLVAREZ VALENZUELA

COMITÉ EDITORIAL

MG. ALBERTO CERDA

*Profesor Asistente, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Chile.
LL.M. in International Legal Studies, Georgetown University. Magíster
en Derecho Público, Universidad de Chile.*

MG. MARCELO CORRALES

*Investigador Senior, Institute for Legal Informatics, Leibniz University
of Hanover, Alemania. LL.M. in European Intellectual Property Law,
Stockholm University. LL.M. in Law and Information Technology,
Stockholm University.*

DR. CARLOS DELPIAZZO

*Profesor de Derecho Administrativo y Derecho Informático, Universidad
de la República, Uruguay. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Uni-
versidad de la República, Uruguay.*

DR. RONALDO LEMOS

*Director, Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio de Janeiro.
Doctor en Derecho, Universidad de Sao Paulo, Brasil. LL.M. in Law,
Harvard University.*

DR. JULIO TÉLLEZ

*Investigador Titular Derecho de la Informática. Universidad Nacional
de México, México. Doctor en Informática Jurídica y Derecho
de la informática, Universidad de Montpellier I, Francia.*

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es una publicación semestral del Centro de Estudios en Derecho Informático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile que tiene por objeto difundir en la comunidad jurídica nacional, regional e internacional, el conocimiento científico relevante y necesario para analizar y comprender los alcances y efectos que el desarrollo tecnológico y cultural han producido en la sociedad, especialmente su impacto en las ciencias jurídicas y sociales.

Revista Chilena de Derecho y Tecnología
Rev. chil. derecho tecnol. (impr.)
Centro de Estudios en Derecho Informático
Facultad de Derecho · Universidad de Chile
Pío Nono núm. 1, 4.º piso, Providencia
Santiago de Chile

+56 2 29785263
rchdt@derecho.uchile.cl
<http://www.cedi.uchile.cl>
<http://twitter.com/rchdt>

ISSN 0719-2584

La *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* es publicada en formatos electrónicos (pdf, epub y mobi) disponibles para descarga en la página web <<http://www.rchdt.uchile.cl/>>.

Una guía para la presentación de manuscritos a la *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* está disponible en el siguiente enlace: <<http://www.revistas.uchile.cl/index.php/rchdt/about/submissions#authorguidelines>>.

Algunos derechos reservados.

Publicada bajo los términos de la licencia Creative Commons
ATRIBUCIÓN - NO COMERCIAL - COMPARTIR IGUAL 2.0 CHILE.



REVISTA CHILENA DE DERECHO Y TECNOLOGÍA
SEGUNDO SEMESTRE 2015 VOL. 4 NÚM. 2

Rev. chil. derecho tecnol. (impr.)

- 7-8 *Editorial*
- 9-51 PAULA JERVIS ORTIZ
Internet de las cosas y protección de datos personales
- 53-74 ARTURO J. CARRILLO Y DAWN C. NUNZIATO
El precio de la priorización pagada: Las consecuencias internacionales y domésticas del fracaso de proteger la neutralidad en la red en los Estados Unidos
- 75-107 FELIPE FIGUEROA ZIMMERMANN
¿Qué significa justificar el derecho de autor?
- 109-177 FERDINAND SCHNETTLER CHÁVEZ
Responsabilidad civil extracontractual de los usuarios de programas P2P por infracción a los derechos de autor
- 179-213 MARÍA PAZ CANALES LOEBEL
Oracle versus Google: Protección de derecho de autor sobre elementos funcionales de programas computacionales que ponen en riesgo la interoperabilidad y la innovación
- 215-261 ANA MARÍA MUÑOZ MASSOUH
Eliminación de datos personales en internet:
El reconocimiento del derecho al olvido

Responsabilidad civil extracontractual de los usuarios de programas P2P por infracción a los derechos de autor

*Tort liability of the P2P program users due to copyright
infringements*

FERDINAND SCHNETTLER CHÁVEZ
Abogado, Carey & Allende, Chile

RESUMEN El presente trabajo tiene por objeto analizar de manera crítica y práctica la responsabilidad civil extracontractual de los usuarios de programas P2P bajo la normativa nacional. Para esto, se busca dar respuesta a dos interrogantes fundamentales: si la conducta de los usuarios de programas P2P puede ser catalogada como infractora bajo la óptica de la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) y, en caso de ser afirmativa la respuesta a dicha pregunta, si aquella conducta puede ser reprochada con el deber de indemnizar los perjuicios acudiendo a la normativa respectiva, esto es, el Código Civil y la propia LPI.

PALABRAS CLAVE Derecho de autor y nuevas tecnologías, infracción al derecho de autor, responsabilidad extracontractual, programas y redes peer to peer, P2P.

ABSTRACT This article analyzes in a critical and practical way the legal liability of the users of P2P programs under the Chilean law. To achieve that, it tries to answer two fundamental questions: First, if the behavior of the users of P2P programs can be framed as infringing under the Law

of Intellectual Property (LPI); and if the answer to that question is positive, if that behavior can be punished with the obligation to compensate damages according to the respective law, in this case the Civil Code (CC) and the LPI.

KEYWORDS Copyright and new technologies, copyright infraction, legal liability, peer to peer programs and networks, P2P.

LAS REDES Y PROGRAMAS PEER TO PEER O P2P

¿QUÉ SON LAS REDES Y PROGRAMAS P2P?

Las redes *peer to peer*, también conocidas como redes P2P, son una de las tecnologías más relevantes y populares en lo que respecta a la difusión masiva de archivos en internet. Tales archivos pueden contener obras protegidas por el derecho de autor y otras que no lo están, e incluso información que no es catalogable como obra.¹

El concepto *peer to peer* significa en castellano «de igual a igual» o «de par a par». En términos generales, se ha definido una red P2P como «una tecnología que permite que dos o más usuarios de internet colaboren simultáneamente en una red de iguales, sin necesidad de coordinación central» (Carey Claro y Rodríguez Burr, 2005: 44). En las redes y programas P2P son los propios usuarios quienes interactúan entre sí (entre pares) intercambiando archivos, no descargándolos directamente desde un servidor central. Así, los programas y redes P2P utilizan de manera propia y eficiente la red de internet; la red P2P surge y se erige sobre la última y no es distinta de ella.

En cuanto al funcionamiento de esta tecnología, la red P2P requiere de un programa o software que permita al usuario el acceso. En otras palabras, para que el usuario pueda compartir y descargar archivos mediante este tipo de redes, es necesario que instale en su ordenador un

1. Una aclaración previa: como dice Ignacio Garrote, los archivos son el *corpus mechanicum* que contiene la obra, esto es, son el soporte propiamente tal de la obra y no la obra misma. Existen diversos tipos de archivos en función al contenido de los mismos. Por ejemplo, si se descarga uno que contiene una obra musical, lo más probable es que sea en formato MP3, y que permita reducir el tamaño o «peso» de una canción (Garrote, 2005: 256).

programa que le posibilite generar la conexión a la red. Para ello, deberá descargar el programa directamente desde una página de internet, o realizar una copia de aquel desde una unidad de almacenamiento (ya sea un disco duro o un pendrive, por ejemplo), para luego instalarlo en su ordenador y ejecutarlo.

Existen tres tipos de redes P2P, las que se diferencian por su infraestructura, a saber: redes centralizadas, redes semicentralizadas o mixtas y redes descentralizadas. Este tipo de redes son compatibles con programas P2P específicos. Así, por ejemplo, Napster lo era con una red centralizada, y Kazaa con una semicentralizada.

Las redes centralizadas son aquellas en que «existe un servidor central que administra la red y distribuye su contenido por medio de las interconexiones e intercambios de archivos recibidos y dirigidos a una multiplicidad de computadores conectados en todo el mundo» (Ríos Ruiz, 2008: 78). También se les denomina redes de primera generación, pues fueron las primeras en ser creadas.

En estas redes la transferencia de los archivos se hace a través de un único servidor, que a su vez sirve de punto de enlace entre dos nodos (usuarios conectados a la red P2P), y que a la vez almacena y distribuye los nodos donde se almacenan los contenidos. El servidor central contiene cierta información que es vital para el funcionamiento del programa, pero no alberga archivo alguno, a diferencia de lo que ocurre en la descarga directa de contenidos. Por lo mismo, el cierre del servidor central implicaría el colapso de la red y el cese de las descargas.²

Por estas razones, técnicamente estas redes no serían de naturaleza P2P pura, pues el servidor central no es propio de esta tecnología. Aun así, el intercambio de información se realiza entre los mismos usuarios.

2. Un ejemplo de red centralizada fue Napster. Su funcionamiento puede ser resumido de la siguiente manera. Los usuarios que utilizaban Napster debían primeramente instalar el programa de intercambio MusicShare. Hecho esto, los usuarios debían conectarse al servidor utilizando un nombre de usuario y una contraseña personal. Habiéndose conectado a la red P2P, Napster verificaba los archivos disponibles para ser compartidos y que materialmente se encontraban en los discos duros de los usuarios, siendo esa información almacenada en el servidor de Napster. Cuando otro usuario se conectaba y buscaba un determinado archivo, el programa arrojaba una lista de todos los usuarios que compartían en ese momento el archivo deseado, posibilitando así la conexión y la posterior descarga.

Por otro lado, encontramos las redes semicentralizadas o mixtas, que son aquellas en que «un conjunto reducido de nodos se definen como supernodos.³ Éstos actúan como si fueran servidores centrales. Los equipos restantes se conectan a un supernodo. Los supernodos actúan como servidores centrales en tanto mantienen índices de los archivos compartidos por los equipos de su entorno y gestionan todas las solicitudes de búsqueda [...]. La transferencia de archivos se gestiona una vez más, directamente entre el usuario y el equipo que almacena el archivo» (Sanduli y Martín Barbero, 2005: 108). También se les denomina redes de tercera generación a este tipo de redes.⁴

Un aspecto relevante y que diferencia a este tipo de red de las centralizadas, es que las redes P2P semicentralizadas aprovechan el sistema de supernodos para sacar mayor provecho al ancho de banda de cada usuario, logrando que las búsquedas sean más rápidas, al igual que las descargas.

Finalmente, están las redes descentralizadas, que son aquellas en que «no existen servidores centrales y cada ordenador personal actúa como si fuera un nodo o par, el cual se encuentra conectado a un pequeño número de otros equipos nodos» (Sanduli y Martín Barbero, 2005: 109). También se les denomina redes de segunda generación.

El funcionamiento de estas redes se caracteriza porque «un conjunto de interconexiones unen cada par de nodos. Una solicitud de búsqueda

3. Supernodo es un término asignado a aquellos usuarios conectados a la red P2P, y que disponen de mayor velocidad de conexión. La función supernodo es esporádica, pudiendo un computador funcionar en ocasiones como supernodo y en otras ocasiones no, dependiendo de la capacidad de conexión de ese momento» (Carey Claro y Rodríguez Burr, 2005: 46).

4. Un ejemplo de red P2P semicentralizada es el protocolo de red P2P Fasttrack, y su funcionamiento puede ser explicado del siguiente modo, como bien lo hacen los autores antes citados:

A) En un primer paso, un nodo (X) se conecta a la red P2P mediante un *rootsuper-node* que lo conecta, a su vez, con un supernodo activo (Y), quien recibe las solicitudes de X.

B) Posteriormente, Y tiene una lista de todos los archivos que sus nodos dependientes ponen a disposición de la red (*uploads*). De no encontrar el archivo solicitado por X en esta lista, reenvía su solicitud a otros supernodos activos para que busquen en su lista de *uploads*, hasta que encuentre un nodo con el archivo solicitado por X (Z).

C) Finalmente, se realiza una conexión directa P2P entre X y Z, para copiar el archivo (Carey Claro y Rodríguez Burr, 2005: 46).

de un usuario se envía a los nodos más cercanos, que a su vez la propagan a sus nodos más próximos (la solicitud finaliza después de un determinado número de «saltos»). Los resultados de la búsqueda son enviados a través de los nodos intermediarios, mientras que la transferencia directamente entre el usuario/navegante/consumidor y el ordenador personal que almacena el archivo de la misma forma que en las redes P2P centralizadas» (Sanduli y Martín Barbero, 2005: 108).⁵

Entre las características de este tipo de red, cabe mencionar las siguientes:

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

EVOLUCIÓN DEL INTERCAMBIO Y DESCARGA DE ARCHIVOS

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

En un principio, el intercambio de archivos se realizaba entre dos usuarios: uno de ellos compartía y el otro descargaba en una relación propiamente bilateral. El hecho de que un usuario solamente sea el que

5. Un tipo de red P2P descentralizada es el protocolo *Gnutella*, cuyo funcionamiento es descrito en los siguientes pasos:

A) Un nodo X solicita un archivo a otro nodo Y que se encuentra conectado a la red. De tener información, establecen una conexión P2P para que X copie el archivo directamente al disco duro de Y.

B) Si el archivo no lo posee el usuario a quien se le destinó la solicitud, el mismo redirige la solicitud a otros nodos conectados y así sucesivamente.

C) Una vez que la solicitud llega al nodo que contiene el archivo que se pretende descargar (Z), éste responde al nodo que le ha enviado la solicitud, realizándose un contacto entre ambos nodos, estableciéndose una conexión directa de carácter P2P, donde se copia el archivo y el usuario que lo solicitó puede descargarlo (Carey Claro y Rodríguez Burr, 2005: 47).

compartiera el archivo limitaba enormemente la velocidad de descarga. Además, si el usuario que compartía el archivo se desconectaba de la red (porque apagaba su computador, por ejemplo) la descarga se detenía. Por otro lado, si la velocidad de navegación o el ancho de banda del usuario que compartía eran muy bajos, la descarga podía durar horas.

Por éstas y otras razones, los programas P2P más modernos comenzaron a realizar el vínculo entre un usuario que desea descargar un determinado archivo con cientos o miles de usuarios que actualmente se encuentran compartiendo el mismo archivo. El usuario que realiza una descarga no lo hará desde de otro que comparte, sino desde muchos otros que comparten partes o trozos del archivo en cuestión, los cuales finalmente son reunidos en un todo, conformando un archivo apto para su uso (por ejemplo, la ejecución e instalación de un software). Esta forma de intercambio se ha denominado *swarming*.⁶

El *swarming* es mucho más eficiente que la antigua forma de intercambio, pues permite ir descargando varias partes del archivo al mismo tiempo e ir las compartiendo paralelamente. De todos modos, el usuario solo podrá ejecutar el archivo una vez que haya reunido todas las partes, esto es, al finalizar la descarga.

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

Por otro lado, la modalidad de búsqueda de archivos igual sufrió va-

6. El *swarming* es una forma de compartir archivos que consiste en fragmentarlos en trozos para que puedan ser descargados por otros. Finalmente, los usuarios descargan estos trozos y no todo el archivo desde una fuente. Cabe señalar que, en la actualidad, BitTorrent, uno de los programas P2P más populares, utiliza esta forma de intercambio de archivos, la que permite mantener el enlace entre usuarios incluso cuando uno de ellos apaga su ordenador (Aibar y Ares, 2010: 6).

riaciones con el paso del tiempo. Como se explicó, antes los programas P2P permitían la búsqueda de los archivos que se querían descargar (lo que se ha mantenido en algunos). Actualmente, programas como BitComet, BitTorrent y uTorrent, entre otros, no contemplan esta modalidad de búsqueda. En el caso de estos programas más modernos, la búsqueda de archivos se realiza directamente en un sitio web que contiene una lista de todos los archivos compartidos por los usuarios. El usuario que desee descargar un archivo mediante un programa P2P, primero deberá descargar del sitio web un archivo distinto que lo derive al programa, que en el caso de BitTorrent y sus similares tiene una extensión *.torrent*. Si el usuario desea compartir un archivo mediante el programa, debe crear el archivo torrent en el menú del programa que utiliza, asociando así el archivo torrent al archivo que se desea compartir.⁷

Una vez descargado el archivo torrent, al ser ejecutado se redirecciona inmediatamente la descarga del archivo asociado al mismo al programa P2P. Por ejemplo, si el usuario desea descargar la canción *Let it be*, deberá descargar primero el archivo *Let it be.torrent*, para luego ejecutarlo en BitTorrent y así comenzar la descarga de la canción en el programa.

Por lo tanto, para realizar el intercambio de archivos se requiere en primer lugar de un individuo que suba el archivo torrent al sitio web y que comparta el archivo asociado al mismo; en segundo lugar, un sitio que aloje el archivo; en tercer lugar, un programa P2P que funcione con dicho archivo torrent; y finalmente un usuario que lo descargue. Mientras el usuario lo descarga, al mismo tiempo lo comparte con la comunidad.

Por el rol que cumplen los titulares del sitio web y los operadores de programas P2P,⁸ en este trabajo se les denominará intermediarios.

7. Para mayor información sobre este aspecto técnico, se recomienda la lectura del «Protocolo de funcionamiento de BitTorrent», disponible en <<http://bit.ly/1Q97UAH>>.

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

PROBLEMÁTICA JURÍDICA EN TORNO AL USO INDEBIDO DE PROGRAMAS Y REDES P2P

INTERESES EN COLISIÓN EN MATERIA DE P2P

Es innegable que este tipo de tecnología tiene actualmente una enorme popularidad entre los usuarios de internet.⁹ El problema radica cuando la tecnología es utilizada para cometer ilícitos, sobre todo cuando tales ilícitos son cometidos por una gran cantidad de personas y con una facilidad impresionante, como en el caso del P2P.

En efecto, y como se analizará detalladamente en el apartado siguiente, los usuarios que comparten archivos que contienen obras protegidas a través de programas P2P (*seeders*¹⁰) infringen, en principio, el derecho de puesta a disposición del público de sus titulares si es que no cuentan

9. Para mayor información acerca de datos estadísticos sobre el uso de programas P2P, se recomienda la lectura del informe elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), titulado «OECD Information Technology Outlook 2004. Peer to peer networks in OECD countries». Por otro lado, es destacable la información otorgada por los titulares del programa BitTorrent, quienes en su sitio web señalan que la cantidad de usuarios que usan dicho programa asciende a 170 millones aproximadamente, distribuidos en diversos lugares del planeta, siendo los mismos responsables de mover hasta el 40% de todo el tráfico de internet en un día determinado (Klinker, 2014). Las conclusiones que se pueden extraer de estos documentos se refieren básicamente a la popularidad de los programas y redes P2P, los cuales son utilizados por millones de personas en el mundo, las que comparten gran cantidad de los archivos que circulan en internet. En lo que respecta a Chile, no existen estudios conocidos sobre el uso de programas y redes P2P. Aun así, cabe destacar que el año 2013 la Asociación de Productores Fonográficos de Chile (IFPI Chile) efectuó alrededor de 4.000 notificaciones a usuarios de programas P2P, con el fin de generar conciencia sobre su uso indebido y así disminuir el número de descargar ilegales. En opinión de dicha institución, «a la fecha existen 1.264.000 usuarios P2P en Chile utilizando diferentes plataformas de descargas. Considerando una de estas plataformas, *Ares*, que tiene 290 mil usuarios únicos a la fecha, con un promedio de 509 archivos compartidos a un precio de 400 pesos cada canción, el perjuicio mensual para la industria es de 59 mil millones de pesos y el perjuicio fiscal sólo por concepto de IVA de 11 mil millones de pesos» («Lanzan nueva campaña para enfrentar la descarga ilegal de música en Chile», *El Dínamo*, 21 de junio de 2013, disponible en <<http://bit.ly/1KmdOtD>>). Dicha postura no deja de resultar criticable por las consideraciones que se expondrán más adelante.

10. En este sentido, corresponde hablar de *seeders*, esto es, un usuario que está compartiendo un archivo, ya sea total o parcialmente.

con la autorización necesaria. Un tanto más compleja es la situación de los usuarios de programas P2P que comparten fragmentos de archivos, como el caso del programa BitTorrent y la mayoría de los programas actuales.

Por otro lado, los usuarios que descargan archivos que contienen obras protegidas mediante un programa P2P (*leechers*¹¹) infringen, en principio, el derecho de reproducción. De igual forma, los usuarios que descargan fragmentos de un archivo deben ser analizados de manera específica, pues no realizan una reproducción de un archivo que contiene una obra en su totalidad, sino que una parte de aquél, salvo que descarguen todos los trozos del mismo.

Como se verá, la aparición de estos programas en países como Estados Unidos o España ha gatillado una seguidilla de demandas por parte de los titulares de derechos por el uso ilícito de sus obras. En estos casos, los titulares argumentan que, si bien los usuarios infringen directamente el derecho de autor, quienes actúan como intermediarios en la infracción, esto es, el titular del sitio web que aloja el archivo torrent y el operador del programa P2P, permitirían que la infracción se concrete, teniendo participación en la misma.

A consecuencia de esto, los titulares de derechos alegan que, tanto la conducta ilícita de los usuarios de programas como la de los intermediarios, les han ocasionado pérdidas millonarias, pues los usuarios estarían accediendo gratuitamente a algo por lo que normalmente deberían pagar.¹²

Por el contrario, quienes abogan por el uso de tales programas señalan que éstos cumplen un rol fundamental en la difusión de la información y el conocimiento a través de internet, lo que en definitiva sería una manifestación de los derechos de libertad de expresión e información, derechos indispensables en una sociedad democrática como la actual.

11. *Leecher* es el término antónimo de *seeder*. Es empleado para referirse a los usuarios que están descargando un archivo y no lo han descargado todavía en su totalidad.

12. Por otro lado, los proveedores de acceso a internet eventualmente pueden ser objeto de demandas civiles, ya sea de medidas cautelares o de indemnización de perjuicios, pues tienen una participación necesaria en el desarrollo de la infracción al derecho de autor cometida mediante P2P. Esto por facilitar el medio a través del cual circulan los archivos que contienen obras. De todas formas, esto excede el contenido de este trabajo.

Así, por ejemplo, se señala que las redes P2P permitirían a los autores que son poco conocidos y que quieren difundir sus obras, poder hacerlas conocidas en la sociedad, beneficiando tanto a creadores como destinatarios de las obras. Incluso, compañías de gran envergadura como Microsoft han empleado estas redes para difundir programas propios (Heingartner, 2004).¹³

Además, quienes están a favor de esta tecnología señalan que por las redes P2P no solamente circulan obras protegidas por derecho de autor, sino que también lo hacen aquellas obras que han caído en dominio público, por lo que los programas y redes P2P beneficiarían a quienes no pueden acceder a esas obras, lo que iría de la mano con el derecho al acceso a la cultura y la información. Incluso gran parte de la información que circula por estos programas y redes no es amparable por las legislaciones de propiedad intelectual y propiedad industrial, por lo que su uso permitiría la difusión de la información en general (Ribera, 2009: 45).

Finalmente, argumentan que los ilícitos civiles y penales son cometidos directamente por los usuarios, y que los programas P2P cumplen una función neutra de meros comunicadores, no siendo justo que respondan por daños cometidos por terceros (Ribera, 2009: 45).¹⁴

Ahora bien, lo normal será que el titular de los derechos de autor se dirija directamente contra el intermediario, pues le resulta mucho más fácil identificar al legitimado pasivo,¹⁵ siendo generalmente insolvente

13. Microsoft empleaba la red del programa Kazaa para diseminar su programa Windows Media Player 9.

14. Aunque la citada autora considera que existen serias dudas de que, bajo la legislación española, la conducta de los usuarios que intercambian archivos esté sancionada penalmente.

15. Sobre este aspecto se hará un breve estudio al final de este trabajo. Sin perjuicio de aquello, se puede adelantar que actualmente existe controversia, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada, si es acorde o no a derecho que el titular de derechos de autor y conexos pueda obligar al ISP a entregar los datos asociados a la dirección IP del usuario y que permitan individualizarlo (nombre, domicilio, teléfono, etcétera), cuando compartió o descargó archivos que contienen obras protegidas. Uno de los argumentos empleados para señalar que un individuo no puede obligar al ISP a revelar los datos de un usuario dice relación con que esa información sería de índole privada. De ahí que, si el usuario no da consentimiento alguno para que se entreguen aquellos datos, se estaría vulnerando su derecho a la privacidad.

el usuario para reparar la totalidad de los perjuicios (Vásquez Vargas, 2008: 19). Independiente de que aquello sea innegable, la jurisprudencia extranjera ya se ha pronunciado sobre la legalidad de la actividad de intercambio de los usuarios de estos programas.

De todas formas, demandar directamente al usuario no deja de resultar útil si es que el intermediario se encuentra en otro país. Además, el demandar individualmente resulta recomendable si es que se busca generar conciencia en la sociedad, desincentivando la conducta ilícita de los usuarios.¹⁶

A continuación, se comentarán algunas de las numerosas sentencias extranjeras que existen al respecto.

DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA DE P2P

La jurisprudencia comparada igualmente se ha manifestado sobre esta materia. Las primeras sentencias son de inicios del año 2000. Las demandas por infracción se han dirigido en contra tanto de los usuarios como de los intermediarios.

Casos que se manifiestan sobre la legalidad de la conducta de los usuarios

El primer gran caso en materia de P2P fue el de Napster. En los Estados Unidos, la Recording Industry Association of America (RIAA), en conjunto con una serie de compañías disqueras y artistas, interpusieron una demanda de medidas cautelares en contra del operador del conocido programa Napster.¹⁷ La demanda de medida cautelar fue interpuesta ante el Tribunal Federal del Distrito Norte de California en julio del año 2000,¹⁸ y con ella se buscaba el cese de la actividad infractora por parte de Napster y consecuentemente la de los usuarios. Si bien el caso se

¹⁶. Esta es la estrategia que han adoptado las sociedades que administran los derechos de autor en países como los Estados Unidos y España.

¹⁷. Para el análisis del funcionamiento de Napster se recomienda la lectura del fallo. Del funcionamiento y la estructura del programa se deduce que era de carácter centralizado.

¹⁸. *A&M Records Inc. et al. v. Napster Inc.*, 26 de julio de 2000, Tribunal de Distrito del Norte de California, 114 F. Supp. 2d. 896.

refiere a un intermediario (operador de programa), también abarca la conducta de los usuarios.

Los demandantes argumentaron que los usuarios del programa infringieron directamente los derechos de reproducción y distribución respecto de determinadas obras musicales, las que eran compartidas y descargadas a través del mismo programa. Por otro lado, Napster posibilitaría la infracción, coadyuvando en su desarrollo y materialización.

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

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

- El propósito y carácter del uso: si tiene un fin comercial o no. De ahí que un uso comercial se opone al *fair use*.
- La naturaleza de la obra protegida: mientras más creativa sea la obra, más patente es la incompatibilidad con el *fair use*.
- La cantidad y la importancia de la porción utilizada en relación a la obra protegida como un todo: a mayor porcentaje utilizado de la obra, menor es la posibilidad de ampararse en el *fair use*.
- El efecto de dicho uso en el mercado potencial de la obra protegida. Un efecto nocivo en el mercado potencial producto de la utilización de la obra impediría ampararse bajo el *fair use*.

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

En cuanto al propósito y carácter del uso, el tribunal de distrito deter-

minó que los usuarios de Napster hicieron un uso comercial de los materiales protegidos. Esto porque el usuario anfitrión que envió un archivo no realizó un uso personal cuando distribuyó ese archivo a un solicitante anónimo; y los usuarios de Napster obtuvieron gratis algo que ellos ordinariamente tendrían que haber comprado.

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

Respecto a la cantidad e importancia de la porción utilizada, el tribunal de distrito concluyó que los usuarios de Napster realizaron un «copiado íntegro» de una obra protegida, porque la transferencia de archivos necesariamente involucra el copiado de la totalidad de la obra protegida.

Finalmente, en lo que concierne al efecto de dicho uso en el mercado potencial de la obra protegida, Napster dañó el mercado en al menos dos formas: redujo las ventas de discos de audio entre los estudiantes de universidad y creó barreras para la entrada de los demandantes en el mercado de descarga digital de música. Por lo tanto, desechó la defensa del demandado en lo que respecta al *fair use*.

Tanto el tribunal de distrito y como la corte de apelaciones consideraron que los usuarios del programa infringieron los derechos de reproducción y de distribución. La infracción al derecho de reproducción se produjo porque al descargar los archivos MP3 que compartían otros usuarios, creaban copias ilícitas. En este contexto, se considera copia ilícita «aquella reproducción no autorizada de obras musicales o prestaciones artísticas protegidas por el derecho de autor, y los derechos conexos y que tiene como efecto conseguir un lucro para el sujeto activo quien evade la obligación de efectuar los pagos correspondientes por este concepto» (De León Guevara, 2001: 10). Al no estar los usuarios autorizados por los titulares del derecho de reproducción, atentaban contra la Copyright Act y la Digital Millenium Copyright Act (DMCA).

En lo que respecta al derecho de distribución, la infracción se produjo porque los usuarios, al compartir las canciones en sus carpetas personales ligadas a Napster, estarían poniendo a disposición de terceros los archivos sin la autorización respectiva.¹⁹

19. Un aspecto que hay que destacar consiste en que la sentencia no hace referencia a la distinción entre derecho de distribución y derecho de puesta a disposición al públi-

Otro caso que presenta relevancia para los fines de este trabajo es el de los programas Grokster y StreamCast,²⁰ cuyos operadores igualmente fueron demandados por la RIAA en abril del 2003.²¹ Independiente de la arquitectura semicentralizada y descentralizada de estos programas, en este caso los demandados no negaron que sus usuarios infringieron el copyright de los demandantes, al igual que en el caso Napster, y menos aun la responsabilidad de los mismos, por lo que el tribunal de primera instancia concedió un juicio sumario para debatir los asuntos controvertidos, referidos básicamente a la responsabilidad de los operadores del programa P2P.

Si bien los casos señalados buscaban básicamente determinar la infracción indirecta de los operadores de programas P2P, al posibilitar la infracción de los usuarios, no se puede desconocer que igualmente han existido demandas directas en contra de estos últimos.

Según datos de la Electronic Frontier Foundation (EFF), en el verano del 2003 la RIAA interpuso un conjunto de demandas en contra de 261 usuarios estadounidenses de programas como Napster y Grokster, alegando infracciones. Muchos de estos casos concluyeron en acuerdos de entre 1.000 a 3.000 dólares algunos, e incluso de entre 12.000 y 17.500, otros (EFF, 2008). Hacia el año 2005, la suma de demandas individuales ascendió a 5.900 aproximadamente (Barker, 2004: 535). Hay que considerar que muchos de los demandados llegaron a acuerdos extrajudiciales de pago por las altas sumas condenatorias a las que se exponían (sobre este punto se hará referencia más adelante con mayor profundidad).

co de la obra, considerando que sólo el segundo es aplicable al caso de la descarga de archivos en formato MP3 y digitales en general. Es criticable la falta de mayor análisis, pues sabido es que el derecho de distribución opera netamente en el entorno físico, no así en el digital. Aun así, la explicación que se puede dar es que la sección 106 número 3 de la Copyright Act se refiere al derecho exclusivo de los titulares a *distribuir copias de fonogramas* (en efecto, señala textualmente «to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending»), por lo que la terminología sería ajustada a la norma.

20. De igual forma, para el funcionamiento de estos programas se recomienda la lectura del citado fallo. Cabe destacar que estos programas diferían de Napster por carecer de una estructura de carácter centralizada.

21. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v. Grokster Ltd. et al.*, 25 de abril de 2003, Tribunal de Distrito del Centro de California, 259 F. Supp. 2d 1029.

Los efectos sobre los niveles de piratería de estos juicios fueron estudiados por Bhattacharjee, Gopal, Lertwachara y Marsden, quienes siguieron el comportamiento de intercambio de archivos en línea de más de 2.000 individuos. Ellos concluyeron que disminuyó el número de archivos compartidos en un 90%, en la mayoría de los usuarios que comparten archivos importantes. Sin embargo, los individuos que siguieron participando en el intercambio de archivos no autorizados aumentaron su actividad después de un fallo judicial que hizo más difícil para la RIAA solicitar los nombres de los que comparten archivos a los proveedores de acceso a internet, como se verá en la última parte de este trabajo. Además de esto, los autores señalan que los usuarios se pueden haber ido fuera del radar, utilizando tecnologías de intercambio de archivos más encubiertas (Poorta y otros, 2013: 3).

Por otro lado, en España se puede destacar el caso entre la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) con el sitio El Rincón de Jesús. Si bien el caso se refiere en su mayoría a sujetos intermediarios, también abarca la situación de los usuarios.

La Sociedad General de Autores y Editores (SGAE), entidad encargada de la administración de los derechos de autor en España, demandó al titular del sitio <www.elrincondejesus.com>, solicitando que se lo condenara a cerrar el sitio y a que le indemnizara todos los daños ocasionados por la utilización no autorizada de las obras de su repertorio.

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

En la sentencia de primera instancia,²² el Juzgado de lo Mercantil

22. Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) con Jesús Guerra Calderón, 9 de marzo de 2010, Juzgado de lo Mercantil 7 de Barcelona, sentencia 67/10. Para mayor información sobre la responsabilidad del titular del sitio web, se recomienda la lectura del fallo.

de Barcelona sentenció a favor de la legalidad de la conducta de los usuarios. En primer lugar, concluyó que no es posible identificar a los usuarios mediante una petición de entrega de datos a los proveedores de servicios de internet, lo que dificultaría accionar directamente en su contra.²³ En segundo lugar, consideró que el intercambio sin autorización de archivos que contienen obras protegidas sería una actividad lícita, pues se ampara en la excepción de copia privada, y la actividad de los usuarios no encuadraría perfectamente en el tipo legal.²⁴

23. El considerando tercero profundiza en este punto, señalando que «además, hay que tener en cuenta, por otra parte, la imposibilidad en el actual marco legislativo, de que en un procedimiento civil y en la tutela de los derechos de autor, pudiera llegar a identificarse a los particulares o usuarios de estas redes a través de las empresas suministradoras del servicio y de la dirección IP, para poder luego averiguar qué obra o archivos son descargados, cuál es su procedencia o su utilización y cómo se realiza la descarga por cada usuario en concreto. Así lo indica la sentencia de la AP de Barcelona, sección 15 del 15 de diciembre de 2009, con cita de la importante sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea del 29 de enero de 2008 (asunto Promusicae), al señalar que «se aprecia que en nuestro derecho no existe ningún deber legal de colaboración impuesto a las entidades suministradoras de acceso a internet para suministrar la información interesada por la actora, para justificar una reclamación civil. Y la ausencia de este deber no contraía la normativa comunitaria, que restringe dicho deber de colaboración únicamente en relación con la persecución de delitos, sin perjuicio de la valoración que el legislador nacional pudiera realizar a la hora de introducir este deber de colaboración para proteger los derechos de propiedad intelectual en caso de infracciones civiles». Este punto será tratado en el último apartado de este trabajo.

24. La excepción de copia privada es propia de la legislación española en materia de derecho de autor. Dicha excepción se encuentra ubicada en el artículo 31.2 de la Ley de Propiedad Intelectual española, el que señala que «no necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a), los programas de ordenador». Ahora bien, el razonamiento de la sentencia en este punto es desarrollado en el considerando tercero. Señala que «respecto del límite de la copia privada es preciso añadir que el artículo 31.2 en su redacción vigente que trae causa de la Directiva Sociedad de la Información exige que la copia privada se haga a partir de obras a las que haya accedido legalmente, poniendo así el acento en la nota de licitud o legalidad del acceso y no en la licitud o legalidad de la fuente. En el

En efecto, la conducta de los usuarios no sería ilegal, pues en el considerando cuarto de la sentencia el tribunal español consideró:

Mediante las redes P2P se produce una puesta a disposición del público de obras sin previa distribución de ejemplares y, al menos, potencialmente, aunque no se haga una efectiva bajada por parte de otros usuarios. Y este comportamiento puede en muchos casos ir encaminado a una pluralidad de personas. Sin embargo, de nuevo, el tipo legal no cuadra exactamente y en todos los casos con el comportamiento de los usuarios de tales redes, puesto que, por un lado, en la mayoría de los casos el usuario tiene como única intención descargar un archivo desconociendo si de la parte de ese archivo que tiene descargada en una parte del disco duro de su ordenador se están descargando a su vez otro usuario o una pluralidad de usuarios. Puede ser perfectamente posible que el intercambio de archivo sea con una única persona o con un escaso número de personas. También es perfectamente posible que el sistema permita al usuario impedir la subida de datos desde su equipo, aunque realice descargas al mismo tiempo o que el propio usuario elimine de su disco duro las obras que podrían ser objeto de descargas por otros usuarios. A ello se ha de añadir, como se ha indicado, que puede haber archivos que no son protegidos, u obras que ya no son objeto de protección porque ha transcurrido el plazo de duración de los derechos, o también obras cuya protección no está encomendada, en este caso concreto, a la SGAE. Y a todo ello se ha de añadir la imposibilidad actual de identificación de los usuarios en el marco del procedimiento civil en el sentido aludido. En definitiva, no hay que olvidar que se

marco de las redes P2P, resulta dudoso y complejo el examen en cada caso de la legalidad de la fuente. Pero esto no es la exigencia de la Ley de Propiedad Intelectual, que habla de legalidad del acceso y no de la fuente, de tal manera que la mayoría de los usuarios de estas redes acceden legalmente a la obra, por cuanto han celebrado un contrato lícito y válido a cambio de un precio con un prestador de servicios de la red. La copia de la obra una vez descargada mediante el sistema de intercambio privado queda guardada en el disco duro del ordenador o bien es grabada en un CD, DVD regrabable o en un disco duro portátil. Y es necesario recordar en este punto que, precisamente por ser elementos susceptibles de recibir copias privadas de obras protegidas por propiedad intelectual, todos estos instrumentos y aparatos están gravados por el correspondiente canon o compensación equitativa a que se refiere el artículo 25 de la Ley de Propiedad Intelectual y que redundan en beneficio de la aquí actora y en general de los titulares de los derechos de explotación de la obra».

trata de un mero intercambio de archivos entre particulares, sin ánimo de lucro directo o indirecto (pues difícilmente puede establecerse una necesaria relación de causalidad entre descarga y ausencia de compra de la obra) a través de un medio como es la red de internet, que a diferencia de otras tecnologías obsoletas (intercambio o copia de cassette a cassette), se ha tornado masivo y de ámbito mundial, como también lo es la distribución, por el mismo medio, publicidad, acceso y comunicación autorizada de obras por sus autores y gestores con los correspondientes beneficios económicos y de difusión cultural.

Ahora bien, en segunda instancia el tribunal *ad quem* enmendó la decisión del tribunal de primera instancia, pues la consideró errónea. Así, consideró:

En una red de archivos compartidos P2P, quien, disponiendo de un archivo musical o de una película, lo introduce en una carpeta de archivos compartidos, a la que cualquiera puede tener acceso mediante un programa cliente P2P, además de llevar a cabo un acto de reproducción no amparado por la excepción del artículo 31.2 TRLPI²⁵ (de copia privada), pues no cabría hablar de un uso privado, está poniendo estos archivos a disposición del público, y por ello realiza un acto de comunicación pública previsto en el artículo 20.2.i TRLPI.²⁶

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

Casos que se manifiestan sobre la legalidad de la conducta de los facilitadores de medios aptos para cometer la infracción

Debido a la dificultad que existe de identificar a los usuarios infractores, es común que los titulares de derechos demanden directamente a los intermediarios en la infracción, esto es, a quienes facilitan el programa P2P, o incluso a quienes administran sitios de internet que contienen archivos torrent, como el caso del popular sitio The Pirate Bay.

Como se mencionó, el primer gran caso en que los titulares de de-

25. Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española.

26. *Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) con Jesús Guerra Calderón*, 24 de febrero de 2011, sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia 82/2011.

rechos resultaron vencedores fue el de Napster. Por otro lado, la Corte Suprema estadounidense de igual forma falló a favor de los titulares de derechos en el caso de los programas Grokster y StreamCast.²⁷ En ambos casos se estimó que los programas facilitaron la comisión de la infracción, incluso incentivándola, condenando así a los operadores.

En la misma línea, pero en Australia, nuevamente la industria del ámbito musical y cinematográfico demandó, ante los tribunales de ese país, a la empresa Sharman Networks, dueña y operadora del programa P2P Kazaa, en conjunto con Altnet, empresa que operaba la red Joltid Peer Enabler, tipo de plataforma que ofrecía archivos para su descarga directa.

La sentencia se dictó el 2005. El tribunal de primera instancia australiano condenó a los demandados por haber participado en la infracción. El fallo se fundamentó en el hecho de que los demandados facilitaron e incentivaron la infracción al copyright de los demandantes, y además fallaron en prevenir los actos contrarios a derecho, actos que infringirían la Copyright Act australiana. La sentencia ordenó el cese de la autorización por parte de los demandados, dándoles dos meses para poner término a las infracciones.²⁸

Lo destacable es que la sentencia no ordenó el cierre de Kazaa, sino que su modificación para que así se ajustara a derecho, exigiéndole un mayor deber de filtrado. Finalmente, todo terminó en un acuerdo extrajudicial, donde las demandadas se comprometieron a pagar más de cien millones de dólares y a incorporar sistemas de filtro (Schnettler, 2015: 70).²⁹

27. Para mayor información de este caso, se recomienda la lectura del fallo (*Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. et al. v Grokster Ltd. et al.*, 27 de junio de 2005, Corte Suprema, Estados Unidos, 545 U.S. 913). Se destaca que la Corte Suprema estadounidense aplicó la teoría de la *inducement liability*: los demandados fueron condenados por incentivar la infracción de los usuarios de los programas. El incentivo se habría realizado principalmente por medio de la publicidad contenida en una serie de correos electrónicos donde se motivaba a los usuarios a descargar material protegido.

28. *Universal Music Australia Pty Ltd. & Ors v. Sharman License Holding Ltd. & Ors*, 5 de septiembre de 2005, Corte Federal australiana de la ciudad de Sidney, [2005] FCA 1242.

29. Para mayor información sobre este caso se recomienda la lectura de Ginsburg y Ricketson (2006).

Otro caso muy relevante en materia de intermediarios es el de The Pirate Bay (TPB). Como se mencionaba, TPB es un sitio web que aloja miles de archivos torrent, permitiendo a los usuarios la búsqueda de música, videos, libros, programas, etcétera. La posterior descarga de estos archivos se realiza mediante un programa P2P. En enero de 2008, la fiscalía sueca se dirigió contra los cuatro responsables del sitio web, para que fueran condenados tanto penal como civilmente. El 17 de abril de 2009, la corte de distrito sueca condenó a los imputados por haber permitido la infracción al derecho de autor (Carrier, 2009: 9).

Como habrá notado el lector, debido a que ni los programas P2P ni los sitios web que alojan archivos torrent contienen material protegido por el derecho de autor, no pueden ser condenados, ni civil ni penalmente, como autores de la infracción, pero sí en otro grado de participación. De ahí la denominación de intermediarios.

La corte sueca consideró que TPB permitió a los usuarios tener acceso a los archivos protegidos, en el lugar y tiempo que los usuarios quisieran. Para considerar a los cuatro encargados de TPB como cómplices en los actos de los usuarios, la corte de distrito se basó en lo siguiente: primero, que TPB proveyó un sitio que contenía un sistema avanzado de búsqueda de archivos; segundo, que el sitio web otorgó facilidades para subir y descargar archivos torrent; y tercero, permitió a los usuarios de programas P2P ponerse en contacto mediante el sitio. Según la corte, los cuatro imputados actuaron como un equipo, buscando la expansión de TPB (Carrier, 2009: 9). La corte condenó a cada imputado a un año de prisión, y les ordenó pagar una indemnización de 30 millones de coronas suecas (US\$ 3,5 millones aproximadamente) (Carrier, 2009: 10). El fallo fue apelado, y el tribunal de segunda instancia ratificó el fallo de primera instancia, pero modificó las penas, tanto civiles como penales.

Dos años después, en España, en el mencionado caso SGAE con el sitio El Rincón de Jesús, el tribunal de segunda instancia concluyó que haber facilitado en un sitio de internet archivos torrent, se tradujo en la colaboración en la reproducción y puesta a disposición del público de obras protegidas, implicando por lo tanto una infracción a la Ley de Propiedad Intelectual española.³⁰

30. *Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) con Jesús Guerra Calderón*, 24 de febrero de 2011, sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, sentencia 82/2011.

Con la condena a los encargados de TPB, se inició una intensa persecución por parte de las autoridades de diversos países, a fin de dejar sin funcionamiento dicho sitio web. Lo anterior no ha sido fácil, pues los servidores de TPB han sido movidos constantemente a diferentes países, haciendo imposible la incautación. A consecuencia de aquello, los titulares de derechos de autor han demandado directamente a los proveedores de acceso a internet, para que bloqueen el acceso a TPB y evitar el intercambio ilegal.

A inicios del año 2012, en Alemania, se pueden destacar dos victorias de los titulares de derechos de autor contra el intercambio no autorizado de material protegido. En febrero de ese año, dos grandes proveedores de acceso a internet fueron condenados por el Gravenhage Rechtbank, un tribunal de primera instancia alemán, a bloquear el acceso a TPB, y a una lista de subdominios y otros sitios web. En mayo de 2012, el mismo tribunal condenó a otros cuatro proveedores de acceso a internet alemanes a lo mismo. Aquello implica que más del 80% de los suscriptores a internet no podrán ingresar a TPB a través de dichos proveedores de acceso. De todas formas, ambos casos tienen apelaciones pendientes (Poorta y otros, 2013: 1).

De acuerdo al tribunal alemán, se estima que entre el 90 a 95% del material ofrecido por TPB es ilegal. Aun así, se considera que las medidas de bloqueo pueden ser evadidas por los usuarios (Poorta y otros, 2013: 2). Lo mismo ocurrió posteriormente en países como Holanda e Inglaterra, entre otros.

En conclusión, la jurisprudencia comparada ha estimado que existe infracción tanto de los usuarios de programas P2P que intercambian indebidamente archivos que contienen obras protegidas, como de los intermediarios, donde incluso se les ha condenado a indemnizar el daño provocado. Esto debido a la participación que tienen éstos en la infracción (directa e indirecta).

En el derecho nacional, para el caso de los intermediarios sólo se regula concretamente en la Ley de Propiedad Intelectual la actividad de los proveedores de acceso a internet, en el capítulo tres, denominado «Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet». En este capítulo se limita la responsabilidad de los prestadores de servicios de internet por los actos cometidos por usuarios en la medida que cumplan con los requisitos ahí señalados (cuando actúan bajo las

hipótesis de puerto seguro). Por lo tanto, como este capítulo regula las hipótesis en las que un proveedor de acceso no será responsable, para el caso que sí lo sea (al igual que el operador de un programa P2P), se deberá aplicar la normativa civil y penal en lo que a la forma de participación en el ilícito respecta, pues la Ley de Propiedad Intelectual nada señala en este aspecto.

A continuación se examinará lo que ocurre bajo la óptica del derecho nacional al aplicar la hipótesis estudiada desde el punto de vista de los usuarios.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE LOS USUARIOS POR INTERCAMBIO DE OBRAS PROTEGIDAS MEDIANTE PROGRAMAS Y REDES P2P EN EL DERECHO CHILENO

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

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

SUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

Toda acción u omisión que produce daño a un interés legítimo de otro (como lo es la propiedad, en general, y el derecho de autor, en particu-

lar) otorga, a quien sufre el daño, el derecho de solicitar que se le deje en una posición patrimonial idéntica a la que tenía con anterioridad a la producción del daño. El mecanismo para obtener la reparación es la acción de indemnización de perjuicios. El objeto de esta acción es el daño experimentado, siendo su fin la reparación en dinero de dicho daño.

El objeto central de este trabajo tiene que ver principalmente con la responsabilidad civil extracontractual por el hecho propio, ya que lo normal es que los perjuicios derivados de infracciones a los derechos de autor y conexos ocurran de esa manera en materia de P2P. Se ha señalado que los requisitos para que se le impute a un individuo el deber de reparar los daños ocasionados por sus propios actos negligentes son los siguientes: la acción u omisión, la culpa o el dolo, el daño y la relación de causalidad (Barros Bourie, 2006: 65).

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

Si bien la Ley de Propiedad Intelectual no contempla expresamente los requisitos para la responsabilidad en cuestión, la doctrina ha enunciado aquellos que deben concurrir cuando estamos en presencia de responsabilidad extracontractual por infracción al derecho de autor,³¹ a saber: 1) debe existir una acción u omisión; 2) esa acción u omisión debe ser dolosa o culposa; 3) debe atentar contra una obra protegida por el derecho de autor o un derecho conexo; 4) debe afectar derechos patrimoniales o morales de autor; 5) la obra no debe haber caído en dominio público o no debe haber expirado el plazo de protección de los derechos conexos; 6) la conducta no debe estar amparada por alguna excepción

31. En este punto se seguirá a Plata López (2010), ya que, a diferencia de otros especialistas que sólo se remiten a los elementos comunes a toda responsabilidad por el hecho propio, señala elementos propios de la responsabilidad extracontractual derivada de infracciones al derecho de autor.

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

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

Conducta de los usuarios

Todo programa P2P requiere de una carpeta que almacene los contenidos descargados y que, a la vez, serán compartidos. En general, este tipo de programas trae por defecto asignada una de estas carpetas, que habitualmente es conocida como «*downloads*» o «descargas».

El usuario que comparte información es aquel que introduce archivos en esta carpeta, sea porque los descargó y el programa automáticamente los almacenó en ese directorio; o porque el usuario los introdujo ahí. El hecho de que los archivos estén albergados en la carpeta de descarga es elemental en el proceso de compartición, pues sin esto el programa no podrá responder solicitudes ni enviar contenido a los demás usuarios de la red. Por lo tanto, cuando el usuario introduce archivos en la carpeta permite que el programa haga público ese contenido a los demás usuarios de la red P2P, esto es, los «sube». Cabe recordar que en los programas que utilicen archivos torrent, además deberá crearse el archivo.

Por otro lado, el usuario que descarga contenido deberá hacerlo mediante una búsqueda que puede realizarse directamente en el programa P2P o en un sitio web. La modalidad de búsqueda dependerá finalmente del tipo de programa. Localizado el archivo deseado, el proceso de descarga dependerá también del programa, aunque no existe mucha diferencia.

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

Cabe destacar que, atendida las características del programa P2P en cuestión, puede que el usuario se limite a descargar o a compartir, por lo que no necesariamente debe realizar ambas acciones. Ahora bien, los programas más modernos necesariamente descargan y comparten infor-

mación a la vez (fragmentos de archivos), por lo que, si bien el usuario puede optar por no compartir un archivo completo, estará obligado a hacerlo respecto de una parte del mismo.

Infracción al derecho de autor y conexos por parte de los usuarios

La doctrina ha señalado que el deber de cuidado en la Ley de Propiedad Intelectual para el caso de una infracción al derecho de autor está consagrado en su artículo 19, que prescribe que «nadie podrá utilizar públicamente una obra del dominio privado sin haber obtenido la autorización expresa del titular del derecho de autor. La infracción a lo dispuesto en este artículo hará incurrir al o los responsables en las sanciones civiles y penales correspondientes».³²

Se ha señalado que, cuando se trata de una infracción al derecho de autor, «la apreciación de la conducta del agente del daño es innecesaria pues se trata de lo que la doctrina llama *culpa contra legalidad*, toda vez que el daño proviene de la violación de una obligación determinada, impuesta por la ley o un reglamento» (Mahú, 1999: 7). De forma que «cuando así ocurre, hay culpa por el solo hecho de que el agente haya ejecutado el acto prohibido o no haya realizado el ordenado por la ley o el reglamento, pues ello significa que omitió las medidas de prudencia o precaución que la ley o el reglamento estimaron necesarias para evitar el daño» (Mahú, 1999: 7).

Por lo tanto, al igual que al examinar la conducta de los usuarios, para determinar si existe infracción a los derechos patrimoniales de autor y conexos, es necesario distinguir entre el usuario que «sube» y el usuario que «baja» información de la red. Debido a que la infracción es

32. La jurisprudencia también se ha manifestado en este sentido. Por ejemplo, en un juicio de indemnización de perjuicios promovido por la Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) contra la Sociedad Hotelera Valle del Encanto Limitada, por el uso no autorizado de obras musicales del repertorio de la demandante. El Segundo Juzgado Civil de Ovalle señaló en el considerando vigésimo octavo de la sentencia definitiva: «la conducta de la demandada resulta de lo que la doctrina denomina *culpa contra legalidad*, ya que el daño proviene de la violación de una obligación impuesta por la ley: se violó la Ley de Propiedad Intelectual al no cumplirse la exigencia de obtener la autorización» (*Sociedad Chilena del Derecho de Autor (SCD) con la Sociedad Hotelera Valle del Encanto Limitada*, 2004 (S-I), Segundo Juzgado de Letras de Ovalle, rol 403-04).

uno de los elementos que debe probar todo demandante en un juicio indemnizatorio, estas conductas deberán necesariamente ser acreditadas.

USUARIOS QUE COMPARTEN ARCHIVOS

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

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

Cuando el usuario introduce o deja un archivo en la carpeta de archivos compartidos permite que una pluralidad de personas pueda acceder a él. La ley requiere, en primer lugar, que exista una difusión para que se esté en presencia de la comunicación pública. La RAE define la palabra *difundir* como propagar o divulgar conocimientos, noticias, actitudes, costumbres, modas, etcétera. El acto de incorporar un archivo en la carpeta mencionada necesariamente es una acción que permite divulgarlo a través de la red y el programa P2P a los demás usuarios, esto dado que el archivo se vuelve público por ese solo acto y cualquiera puede descargarlo.

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

En tercer lugar, la ley requiere que la pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin distribución de ejemplares, donde el término ejemplar se refiere a un soporte material, como un libro. El requisito se cumple a cabalidad, pues los usuarios que descargan acceden al archivo que contiene la obra, el cual es un soporte digital, por lo que no cabe dentro de la noción de ejemplar (Garrote, 2005: 266).

El último elemento de la definición dice relación con que los miembros del público (usuarios conectados) puedan acceder a la obra desde el lugar y en el momento que cada uno elija. La situación descrita por la Ley de Propiedad Intelectual se materializa en el hecho que los usuarios son los que deciden dónde y cuándo descargar los archivos.

Por lo tanto, si un usuario comparte un archivo que contiene una obra mediante un programa P2P, estaría efectuando un acto de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición. Si ese usuario no cuenta con la autorización del titular del derecho, de acuerdo al artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual habría infracción al derecho de autor, pues se estaría efectuando una utilización pública de una obra del dominio privado (en el supuesto que el archivo contenga efectivamente una obra y que ésta pertenezca al dominio privado) sin haber obtenido la autorización expresa del titular.

Además, es muy frecuente que el archivo compartido contenga un fonograma digitalizado, por lo que el usuario que lo comparta infringirá el artículo 67 bis de la Ley de Propiedad Intelectual, que señala:

El productor de fonogramas, sobre su fonograma y el artista sobre su interpretación o ejecución fijada tendrán, respectivamente, el derecho exclusivo de autorizar o prohibir la puesta a disposición del público, por hilo o por medios inalámbricos, del fonograma o sus interpretaciones o ejecuciones fijadas en dicho fonograma, de forma que cada miembro del público pueda tener, sin distribución previa de ejemplares, acceso a dichos fonogramas o interpretaciones o ejecuciones fijadas, en el lugar y en el momento que dicho miembro del público elija.

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

Habiéndose determinado el tipo de infracción ocasionada por el usuario que descarga, es aplicable lo señalado en su momento respecto de la culpa infraccional o contra legalidad, esto es, que la acción de compartir archivos mediante redes P2P es una conducta culpable y por ende reprochable, por lo que se cumpliría el segundo requisito de la

responsabilidad extracontractual antes mencionado. Lo anterior se explica por el hecho de que el legislador ha prohibido expresamente poner a disposición la obra sin la autorización de los respectivos titulares de derechos.

La conclusión es aplicable perfectamente a los programas P2P que sólo permiten el intercambio de archivos entre dos usuarios, donde el archivo se comparte de manera íntegra y no por trozos. Mayor duda presenta la difusión de obras mediante programas P2P que fragmentan el archivo, pues lo compartido será un fragmento. De hecho, para González Velásquez, en este caso:

no podría obtener el titular de los derechos de autor un fallo favorable por los siguientes motivos: [...] c) Sólo se les podría demandar por la parte que cada uno proveyó y esto indica que no hubo en ningún momento violación de derechos de autor porque al separar las partes, ninguna de éstas funciona por sí sola y el archivo (la película, según el ejemplo) no podría ser reproducido por ningún ordenador (González Velásquez, 2011: 82).

Nuestra opinión es contraria a la del citado autor, y considera que un usuario que comparte archivos bajo la modalidad del *swarming* igualmente infringe el derecho de puesta a disposición del público de la obra, independiente de que lo compartido sea concretamente un fragmento del archivo.

El argumento principal consiste en que, para hablar de puesta a disposición al público, la Ley de Propiedad Intelectual no obliga a efectuar un análisis respecto a lo que efectivamente se ha difundido (compartido), sino que el elemento clave es que exista una posibilidad de acceder a la obra por parte de un usuario. Esto queda en evidencia cuando la ley señala: «de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella [la obra]». ³³ De ahí que para la Ley de Propiedad Intelectual se requiera

33. Artículo 5 letra v) de la Ley de Propiedad Intelectual. Aun así, esta conclusión pareciera no ser aplicable al caso en que un usuario comparte un fragmento de archivo que contiene material protegido cuando paralelamente efectúa una descarga. No debería ser aplicable la conclusión porque para que exista puesta a disposición debe existir una conducta del usuario dirigida a comunicar la obra o parte de ella, supuesto que no se da en el caso en que un individuo descarga un archivo con material protegido y el programa automáticamente comparte un trozo de la porción descargada.

únicamente una conducta que permita hacer accesible la obra (en su totalidad), independiente de que dicha acción consista únicamente en compartir un fragmento de la misma, como ocurre en este caso.

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

Así, si se supone que existe solamente un individuo que comparte la totalidad del archivo, no habría mayor problema, pues independiente de que el programa utilice la modalidad del *swarming*, finalmente se compartiría el todo. Ahora bien, si son dos o más usuarios que comparten el archivo, igualmente existe la posibilidad de que el *leecher* pueda acceder a la totalidad del archivo respecto de cualquier fuente. Esta posibilidad de acceso queda en evidencia cuando en un proceso de intercambio de distintas partes de un archivo entre varios usuarios, se desconectan todos salvo uno. En esa hipótesis, el programa P2P del *leecher* automáticamente dejará de descargar las partes de los *seeders* que se desconectaron, para hacerlo solamente respecto del único *leecher* que quedó conectado, posibilitando el acceso al todo.

Andrés Grunewaldt llega a la misma conclusión en base a argumentos distintos, pero complementarios. Haciendo referencia a la responsabilidad penal producto de la infracción, señala:

Lo más razonable sería sostener que, independiente de las características del sistema BitTorrent, la conducta y la intención del usuario se traduce en la puesta a disposición de todo el archivo, el cual en la práctica se fracciona debido al mecanismo en el cual se basa este software, por lo que, si bien esta característica añade cierta complejidad a la hora de encuadrar esta conducta en el tipo penal, no se configura como una barrera insalvable (Grunewaldt, 2008: 381).

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

Hay un último aspecto que es relevante tratar respecto de este tipo de usuario. Como se apreció, el archivo que se pretende compartir debe estar en una carpeta específica, pudiendo quedar ubicado ahí porque el usuario lo descargó y el programa lo ubicó de manera automática, o porque el mismo usuario realizó una copia del mismo desde otro lugar

(por ejemplo, desde un dispositivo de memoria USB). El primer caso se tratará a continuación, por lo que ahora se hará referencia al segundo.

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

USUARIOS QUE DESCARGAN ARCHIVOS

En el análisis de la jurisprudencia comparada se concluyó que el usuario que realiza una descarga desde internet, ya sea de forma directa o desde una red P2P, realiza un acto de reproducción. Corresponde entonces estudiar si esa conducta es subsumible bajo la hipótesis de reproducción contemplada en nuestra Ley de Propiedad Intelectual.

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

El usuario que descarga un archivo que contiene una obra mediante redes P2P lo que hace es crear un nuevo archivo, distinto del almacenado en el ordenador del o los usuarios que lo compartieron. En otras palabras, realiza una copia o duplicado perfecto. Ese duplicado implica una fijación permanente de la obra, pues el nuevo archivo la contiene en formato digital y permanecerá ahí el tiempo que el usuario lo desee. A su vez, la fijación de la obra en un nuevo archivo permite la comunicación y la obtención de copias, ya sea mediante redes P2P o por otro medio. Por lo tanto, el análisis de la reproducción en esta materia no presenta mayores problemas. Pero, como ha sido la tónica con el desarrollo de las nuevas tecnologías, se podrían plantear hipótesis en las cuales lo examinado no quede tan claro.

En efecto, surge la duda sobre si efectivamente existe un acto de reproducción cuando el usuario que descarga un archivo que contiene una obra protegida detiene el proceso de descarga, almacenando así sólo la porción descargada; o si descarga sólo un fragmento de aquélla bajo la modalidad del *swarming*, independiente de si la porción es considerable o no. El argumento básico consiste en señalar que en este aspecto la ley

se refiere a que la copia puede ser del todo o de una parte de la obra, por lo que no se requiere una copia literal (Grunewaldt, 2013: 120).³⁴

Por lo tanto, en base a dicho argumento un individuo que detiene la descarga sí estaría realizando un acto de reproducción, pues habría reproducido un trozo del archivo, el que a su vez contiene un trozo de la obra, lo que sería suficiente para la Ley de Propiedad Intelectual. En iguales términos, un individuo que descarga un fragmento de obra a través de BitTorrent, por ejemplo, incurriría en la misma conducta, porque el fragmento del archivo utilizado por el programa contiene parte de la obra.

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

En segundo lugar, y siguiendo a Walker Echenique (2014), la jurisprudencia extranjera ha resuelto este problema acudiendo al criterio de copia «sustancial» de la obra. Dicho criterio es empleado por el artículo 5 letra t) de la Ley de Propiedad Intelectual, el cual, al definir copia de programa computacional, lo hace como «soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él».

34. Pero podría entenderse que el sentido de la ley es otro. Es así como el artículo 5 letra u) pareciera en primer lugar referirse a la fijación de la obra en un medio (soporte), y que ese medio permita la comunicación posterior de la obra o la obtención de copias de toda o parte de ellas. En definitiva, el texto legal no haría alusión a si la reproducción debe ser de todo o parte de la obra, sino que el medio en que se fija sea susceptible de ser copiado en todo o en parte. De todos modos, el citado autor no lo ha entendido así.

Según la jurisprudencia de Reino Unido, «la sustancialidad es un criterio que se relaciona con las cualidades de la obra que la dotan de originalidad. De tal forma que si la parte copiada de la obra corresponde “a un lugar común”, ésta no merecerá protección» (Walker Echenique, 2014: 163). Si se emplea este argumento para dar respuesta a la interrogante planteada, se puede concluir que la descarga de un fragmento de archivo no implica reproducción, pues aunque la porción descargada fuese el 99,9% del archivo, es incorrecto asignarle el estatus de porción sustancial, toda vez que lo que caracteriza a ésta es la originalidad, esto es, la posibilidad de atribuirle individualidad a la obra, lo que de ninguna forma es posible mediante un fragmento que al ser ejecutado no permita apreciarla.³⁵ Así, «la única forma que un tercero pueda comprobar lo anterior (que ha descargado un archivo que contiene una obra) es a través de la descarga completa. Incluso se puede dar el caso de que en verdad se esté descargando un virus u otro archivo» (González Velásquez, 2011: 82).

Por lo tanto, en base a este argumento, sólo existe reproducción por descarga de archivos mediante programas P2P si el usuario descarga el total del archivo.

Al igual como se señaló respecto de los sujetos que comparten archivos, si el usuario descarga un archivo y éste no contiene una obra (aunque crea que sí), no habría infracción, pues no se atentaría contra el bien protegido por la Ley de Propiedad Intelectual.

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

En tercer lugar, el solo hecho de detener la descarga evidenciaría la falta de intención del usuario en infringir el derecho de autor, argumento que debe ser tratado en relación a los mencionados anteriormente. Esto pareciera ser más relevante desde la perspectiva del derecho penal, al

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

igual como lo aprecia Andrés Grunewaldt para el caso de los usuarios que comparten.

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

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

Finalmente, es normal que lo descargado corresponda a un archivo que contiene fonogramas digitalizados, por lo que se infringirá el artículo 68 inciso primero, que señala:

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

La conducta no debe estar amparada por alguna excepción o limitación

Sin perjuicio de las limitaciones que contempla la Constitución Política de la República respecto de la propiedad y que son aplicables al derecho de autor, la Ley de Propiedad Intelectual contiene un conjunto de limitaciones y excepciones «cuya finalidad es asegurar un espacio para el desarrollo de los intereses de los usuarios» (Walker Echenique, 2014: 196), entendiendo por usuarios en este caso a la ciudadanía que accede y usa las obras.

Las excepciones se encuentran reguladas en el título tercero de la ley, denominado «Limitaciones y excepciones al derecho de autor y a los derechos conexos». El efecto propio de que la conducta de un individuo esté amparada bajo una excepción taxativamente consagrada en la ley, es similar al de la utilización de una obra que ha caído en dominio público. Esto significa que «todas las hipótesis estipuladas en la ley pueden ser desarrolladas sin necesidad de solicitar una autorización previa del autor o del titular del derecho, y a su vez la ley no exige que se pague una remuneración como contrapartida por el uso libre de las obras» (Walker Echenique, 2014: 196). Por lo mismo, y respecto a una eventual responsabilidad extracontractual, cuando el actuar de un individuo se adecua a alguna de las limitaciones y excepciones consagradas en la ley, aquel actuar está tolerado por el derecho, operando así dichas limitaciones y excepciones como causales de justificación.

A diferencia de ciertas legislaciones extranjeras, la Ley de Propiedad Intelectual chilena no contempla una excepción genérica al derecho de autor, sino que un catálogo de conductas toleradas. Al estudiar la jurisprudencia comparada, se puede apreciar que se ha utilizado como mecanismo de defensa alguna excepción de carácter amplio contemplada en la ley, como por ejemplo el *fair use*³⁶ o la excepción de copia privada,³⁷ aunque lo cierto es que existen serias dudas sobre la procedencia de las mismas en esas legislaciones.

36. Es importante recordar aquí lo señalado anteriormente cuando se analizó la jurisprudencia comparada.

37. Mucho se ha discutido en la doctrina española sobre la posibilidad de invocar la excepción de copia privada para amparar la conducta de los usuarios de redes P2P. Sin embargo, pareciera ser que no tiene cabida dicha excepción actualmente. Rafael Sánchez Arísti señala que es imposible aplicar dicha excepción por diversos motivos: en primer lugar, el colocar archivos que contienen obras protegidas en la carpeta compartida implica un acto de puesta a disposición, por lo que el usuario da una utilización colectiva a esa copia, incompatible con el límite de copia privada. En segundo lugar, no se cumpliría el requisito de que el usuario realice una reproducción de una obra a la cual haya accedido legalmente, pues todos los comportamientos realizados por los usuarios penetran de lleno en la órbita de los derechos de sus titulares (cf. Sánchez Arísti, 2007: 169-174). En contra, Ignacio Garrote estima que eventualmente podría acudir a esta excepción si los usuarios se limitan a descargar y extraer el archivo de la carpeta compartida, pues no existiría la utilización colectiva de la obra (cf. Garrote, 2005: 261).

Otro ejemplo de excepción al derecho de autor es la sección 80 número 1 de la Copyright Act canadiense, la que excluye de responsabilidad a quienes descarguen obras musicales y otras grabaciones de sonidos para usos personales.³⁸

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

El daño y la causalidad

CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA EXISTENCIA DEL DAÑO PRODUCTO DE LA INFRACCIÓN AL DERECHO DE AUTOR

El daño es un requisito *sine qua non* de la responsabilidad extracontractual, a diferencia de la culpa, por ejemplo. De ahí que «el daño es condición indispensable bajo cualquier régimen de responsabilidad civil» (Barros Bourie, 2006: 215), pues el fin último de la responsabilidad civil es precisamente la reparación del daño.

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

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

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

³⁸ Congreso de Canadá, Copyright Act canadiense, sección 80 número 1. S-I, 1921, disponible <<http://bit.ly/1Plr9DN>>.

aspecto el derecho de autor debe ser analizado de forma distinta al daño en sede común. Delia Lipszyc postula que «toda conducta antijurídica en infracción a los derechos de autor o derechos conexos causa *per se* un daño que debe ser reparado» (Lipszyc, 2003: 566). Por lo tanto, según la autora, en el derecho común, a pesar de que medie una conducta antijurídica, puede darse el caso de que no exista responsabilidad civil resarcitoria por la no constatación de la existencia del daño. Por el contrario, afirma que, en el caso del derecho de autor, el daño se genera por el solo hecho de la infracción (Lipszyc, 2003: 567). Cabe destacar que con lo dicho no se señala que no se requiera de daño en el derecho de autor para la procedencia de la acción indemnizatoria, sino que la sola constatación de la infracción da cuenta del mismo.

En este aspecto, Jorge Mahú pareciera estar de acuerdo con la autora argentina:

Sobre este particular es unánime la opinión en señalar que las consideraciones de la doctrina clásica en materia de derecho de daño no son del todo aplicables en el campo de las utilidades ilícitas de las obras intelectuales o de prestaciones protegidas por los derechos conexos, siendo útil el establecimiento por parte de la legislación de las correcciones necesarias que permitan al juez, una vez que aprecie la infracción, entrar de lleno al cálculo del daño aplicando las reglas que las leyes del derecho de autor entregan, y que no son más que procedimientos abstractos de determinación de perjuicios en el ámbito de los derechos intelectuales y que nuestra legislación lamentablemente omite (haciendo referencia al texto legal anterior a la reforma del año 2010) (Mahú, 1999: 8).

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

En la misma línea, Elisa Walker Echenique ha señalado que la jurisprudencia nacional considera que la sola infracción a los derechos de autor y derechos conexos genera *per se* un daño que debe ser indemnizado. Estima que esta hipótesis es apreciable en el fallo dictado por el Segundo Juzgado de Letras de Ovalle, rol 403-04, antes citado a pie de página. El considerando vigésimo sexto de dicho fallo señala:

El derecho de los autores de autorizar la utilización de sus obras constituye la esencia del derecho de autor [...] El consentimiento o autoriza-

ción transforma la actividad del que las utiliza en normal y lícita; y, por el contrario, la falta de autorización resulta perjudicial a los intereses del autor y constituye un atentado a sus derechos de explotación económica.

Según Walker Echenique (2014: 318), esta afirmación contiene los elementos suficientes para concluir que el solo uso de una obra sin la respectiva autorización produce un perjuicio al titular de los derechos.

Un razonamiento similar se ha desarrollado en la doctrina nacional de propiedad industrial respecto a la existencia del daño producto de una infracción a dicha normativa. Concretamente, se ha sostenido que la sola comisión del ilícito determina la existencia del perjuicio, lo que se desprende de un necesario agravio a los intereses de la víctima del daño (Barrientos, 2008: 126). Para concluir esto, se ha postulado:

La situación nos lleva a que todo acto que importe un menoscabo a la exclusividad del uso o goce de una marca envuelve un daño para el titular de la misma. Es una intromisión en la esfera de exclusividad que se manifiesta en relación con la marca misma, su ámbito de protección o grupo de productos, servicios y establecimientos que se comprenden en la marca. Se comprende, por lo tanto, la facultad de disposición que le compete al titular [...] para decidir sobre quiénes pueden explotar la marca (Barrientos, 2008: 128).

Esta solución es la más aceptada en la doctrina de propiedad intelectual, en lo que respecta a la existencia del daño producto de una infracción. Sin embargo, consideramos que hay situaciones en las que dicha hipótesis no es tan clara, debido a que pueden influir diversos factores que dificulten el análisis.

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

las ventas del soporte físico de la obra no necesariamente pudo deberse a la conducta del infractor, derivando esto en un problema de causalidad.

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

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

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

En esta materia, podría resultar ilustradora la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, del 5 de abril de 2000 (AC 220132/2000), en la que se señaló que en relación a la existencia de daños y perjuicios «también requieren de su demostración en el ámbito marcario, al ser insuficiente que sea presumible que toda infracción de modalidades de la propiedad industrial produce perjuicios», haciendo extensivo el perjuicio a las invenciones en general (cf. Barrientos, 2008: 126).

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

AVALUACIÓN DEL DAÑO EN EL DERECHO DE AUTOR

Aun en el entendido de que la sola infracción al derecho de autor y los derechos conexos implica un daño, no es posible dejar de lado el problema relativo a la extensión del mismo, lo que finalmente se traduce en la determinación concreta del monto indemnizatorio. Cabe señalar que la Ley de Propiedad Intelectual contiene normativa especial en lo que respecta a la evaluación de los perjuicios. Para los fines del presente trabajo, los preceptos legales relevantes son los siguientes.

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

En segundo lugar, el artículo 85 K contempla la denominada indemnización predeterminada:

El titular de un derecho podrá solicitar, una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una única suma compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser mayor a 2.000 unidades tributarias mensuales por infracción.

Ambos criterios permiten facilitar la concreta evaluación de los perjuicios. La diferencia radica en lo que al *onus probando* respecta, pues en el primer caso será de carga del demandante acreditar el monto de los perjuicios. En el segundo caso, el demandante sólo deberá acreditar la infracción, no así el monto efectivo al que ascienden los perjuicios.

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

EL DAÑO Y LA CAUSALIDAD PRODUCTO DE LA INFRACCIÓN
AL DERECHO DE AUTOR EN EL P2P

El daño y la causalidad pueden llegar a ser uno de los temas más difíciles y controvertidos en materia de programas y redes P2P. La dificultad de la determinación del daño ha conllevado a que existan opiniones dispares sobre el tema.³⁹

En el caso Napster se apreció cómo los demandantes alegaban que la conducta contraria a derecho de los usuarios se tradujo en pérdidas cuantiosas para los titulares del copyright. En ese entonces fue la industria de la música la que se vio más perjudicada, pues se señalaba que la descarga ilegal sustituía o reemplazaba a la compra del cassette y el disco compacto, bajo la lógica de que el usuario que descarga deja de pagar lo que corresponde en el mercado legal. De igual forma, la tendencia en la doctrina comparada ha sido atribuir un efecto negativo a la conducta de los usuarios de programas P2P, pues el intercambio ilícito supuestamente se traduciría en menores ganancias para los titulares de derechos, independiente de qué tipo de obra en concreto sea la que se intercambia.

Aun así, se han considerado ciertos matices a la hora de estudiar este problema, pero siempre con la idea de que la conducta de los usuarios es nociva. Sánchez Aristi considera:

Es cierto que el volumen de descargas efectuadas en las redes P2P no es equiparable al número de unidades dejadas de vender, pues el usuario medio no tendría la capacidad económica para adquirir la misma cantidad de contenidos que se descarga [...]. Sin embargo, parece difícil sostener que las redes de intercambio P2P carecen de la menor influencia en el volumen de ventas —o alquiler— de soportes comerciales de audio y video. [...] No hace falta gran capacidad deductiva para inferir que, si parte del público consigue gratuitamente a través de las redes las canciones o películas que desea disfrutar, el mercado de pago, sea en línea o fuera de línea, se resentirá (2007: 78).

Para este autor, independiente de los eventuales efectos positivos pro-

39. Como se apreció, la mayoría de la doctrina estima que por la sola infracción a la propiedad intelectual existe un daño que debe ser reparado. En este sentido, véanse Barrientos (2008), Garrote (2005), Letai (2012), Lipszyc (1993), Mahú (1999), Sánchez Aristi (2007) y Walker Echenique (2014).

venientes del uso de estas redes, son los titulares de derechos quienes deciden cómo organizar la explotación de las obras. Por lo mismo, considera que en el derecho de autor basta la existencia de una infracción para que surja el deber de indemnizar por parte del sujeto infractor, independiente de la repercusión positiva de la conducta (Sánchez Arísti, 2007: 81).

Para Pedro Letai es evidente que el intercambio de archivos mediante redes P2P supone pérdida en las ventas, pero el problema finalmente consiste en determinar el monto de las mismas, pues las pérdidas no sólo se originan por dicha actividad ilícita (cf. Letai, 2012: 443).

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

EXISTENCIA DEL DAÑO PRODUCTO DE LA INFRACCIÓN

La existencia del daño dice relación con el supuesto de si la conducta de los usuarios efectivamente causa un daño a los titulares de derechos que sea susceptible de ser indemnizado. Lógicamente, si se sigue la tendencia de la doctrina mayoritaria, el daño necesariamente existe a consecuencia de la infracción, y sólo debe ser cuantificado o avaluado de manera determinada en base a su extensión y magnitud, entre otros parámetros. En todo caso, el análisis que se realizará permitirá determinar si existe daño o no en esta materia específica, la naturaleza del mismo y hasta qué punto se extiende.

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

Para llegar a la conclusión de que el daño a indemnizar es el lucro

cesante, se parte del supuesto de que el usuario que descarga accede de manera ilegal y gratuita a una obra a la que debió acceder de manera legal y onerosa, ahorrándose así el costo de acceso: el ahorro del sujeto infractor se traduciría en la pérdida de ganancias futuras para el titular de los derechos (por lo que existe una correlación necesaria entre el ahorro y la pérdida económica). Ahora bien, se examinará en base a estudios empíricos qué tan cierta es dicha hipótesis. Los estudios que se analizarán se refieren a los mercados de la industria de la música, el cine y el libro, tanto en el mercado *online* como en el *offline* de cada uno de ellos.

Respecto a la industria de la música, un estudio desarrollado por Manuel Herrera-Usagre (2011) propone hacer una relación entre la descarga de contenidos y la asistencia a conciertos. Si bien aquella relación no es relevante para los fines del presente trabajo, su trabajo será citado porque hace una síntesis de los principales estudios estadísticos sobre el vínculo que existe entre las descargas y la venta de discos de música.

El mentado estudio parte desde dos perspectivas. En primer lugar, la de la sustitución utilitarista, donde «aquellos individuos que más películas y más música se descargan son los que menos CD originales compran. Es, en ese sentido, una sustitución de un bien que antes tenía un precio en el mercado y al que ahora se tiene acceso libre y gratuito» (Herrera-Usagre, 2011: 760). Esta hipótesis coincide con la de lucro cesante que se ha expuesto. Desde esta perspectiva, habría una relación inversamente proporcional entre las descargas y las ganancias, pues mientras mayores son las descargas de contenido ilícito, menores serían las ganancias de los titulares de derechos, siendo ésta la postura clásica adoptada en un principio por la doctrina y jurisprudencia comparada.

Por otro lado, existe la perspectiva de la complementariedad: «los individuos que más contenidos se descarguen no tienen por qué estar haciendo una sustitución de un comportamiento por otro. Pueden estar simultaneando ambos patrones de consumo (compra y descarga)» (Herrera-Usagre, 2011: 761).

El cuadro 1 muestra la síntesis de las principales conclusiones de los distintos estudios referidos al mercado musical y al soporte físico (discos). Está ordenado por la fecha de publicación de cada estudio, y señala los resultados concretos sobre los efectos del intercambio de archivos en la venta de discos. La primera conclusión que se puede extraer es que no existe consenso en cuanto a si el acto de descarga de archivos protegi-

Cuadro 1. Estudios empíricos sobre el efecto del intercambio de archivos en la venta de música (soporte físico). Fuente: Herrera-Usagre (2011).

Autor y año	Período	Ámbito	Resultados	Perspectiva
Hui y Png (2003)	1994-1998	28 países	Por cada CD pirateado, las ventas caen en 0,42 unidades.	Sustitución utilitarista
Peitz y Waelbroeck (2004)	1998-2002	16 países	La piratería reduce las ventas en un 20%. El efecto es significativo: un nivel del 10%. En particular, la descarga de música puede haber causado una reducción del 10% en la venta de discos en 2001 alrededor del mundo.	Sustitución utilitarista
Blackburn (2004)	2003	Estados Unidos	El intercambio de archivos de música tiene un efecto significativo en la venta de discos. En particular, los nuevos, y relativamente poco conocidos, artistas se ven beneficiados por la existencia de sus creaciones en las P2P, mientras que los artistas bien conocidos o consumados sufren pérdida de ventas.	Complementariedad del consumo
Tanaka (2004)	2004	Japón	Existe una evidencia muy débil de que el intercambio de archivos reduzca las ventas de CD. No ha aparecido una correlación entre venta de CD y número de descargas.	Complementariedad del consumo
Zentner (2006)	2001	7 países europeos	El uso de P2P reduce la probabilidad de comprar música en un 30%.	Sustitución utilitarista
Michel (2006)	1999-2003	Estados Unidos	El intercambio de archivos ha reducido la venta de álbumes hasta en un 13%.	Sustitución utilitarista
Montoro-Pons y Cuadrado-García (2006, 2011)	2003, 2000-2007	60 países	Las pérdidas debido a la piratería son el equivalente a una media del 131% del mercado legal. Ponderando a cada país en su participación del mercado global, el porcentaje llega alrededor del 30% del mercado global legal. Las descargas tienen un efecto negativo sobre la compra de discos, pero no sobre la asistencia a conciertos.	Sustitución utilitarista
Oberholzer-Gee y Strumpf (2007)	2002	Estados Unidos	Las descargas tienen un efecto en las ventas estadísticamente indistinguible de 0. Estas estimaciones son inconsistentes con las reclamaciones de que el intercambio de archivos es el principal motivo de la reciente disminución de venta de música.	Complementariedad del consumo
Hong (2004, 2011)	2000	Estados Unidos	La introducción de Napster explica el 20% de la reducción de gasto en música.	Sustitución utilitarista

Liebowitz (2008)	1998-2003	Estados Unidos (ciudades)	La tasa de penetración de internet del 60% entre la población ha reducido la venta de discos en 1,27 discos per cápita. Si contamos aquella población que intercambia archivos, la caída se sitúa en 3,55 unidades por persona.	Sustitución utilitarista
Leug (2009)	2008	Hong Kong	Aquellos estudiantes universitarios que piratean un 10% más de música a través de las P2P, compran un 0,7% menos en iTunes y un 0,4% menos de CD.	Sustitución utilitarista
McKenzie (2009)	2007-2008	Australia	No hay un impacto significativo de la actividad de descarga de discos sobre las ventas legales de música.	Complementariedad del consumo
Andersen y Frenz (2010)	2006	Canadá	No se ha encontrado que las descargas a través de P2P estén asociadas a una menor compra de CD. Es más, ciertas motivaciones tras el uso de las P2P tienen un efecto positivo sobre las ventas de CD, como el efecto «prueba antes de comprar». Cuando la actividad de uso de P2P está motivada por el efecto «alto precio de CD», las descargas desplazan a la compra de CD.	Complementariedad del consumo

dos mediante redes P2P se traduce efectivamente en una menor ganancia para los titulares de derechos (esto es, un daño), en lo que a la industria de la música *offline* respecta. Existen estudios que incluso señalan que el intercambio de archivos protegidos beneficia la venta de discos. Así, si bien existe una actividad contraria a derecho imputable al usuario, dicha actividad no se traduciría necesariamente en un perjuicio (lucro cesante) para los titulares de derecho, aunque es lógico concluir que a lo menos existe una razonable probabilidad de que así lo sea, esto es, una razonable probabilidad de que el sujeto infractor sustituya el acceso lícito por el ilícito en presencia de programas y redes P2P, ocasionando así el daño.

La segunda conclusión a la cual se puede llegar es que aquellos que estiman que existe una sustitución entre la música descargada y la compra de discos no están de acuerdo en cuál es el índice de sustitución efectiva, lo que dependerá de una serie de factores, como, por ejemplo, la capacidad económica de los sujetos infractores.

Por lo tanto, tras examinar estos estudios se puede concluir que la hipótesis de que la descarga ilegal por estas redes *per se* implica un daño, entendido como una sustitución perfecta entre el acceso oneroso y legal de la obra por el gratuito e ilegal, no es necesariamente correcta, y a lo

más hay una probabilidad de que así lo sea, esto es, hay una probabilidad de que un usuario que descargó un archivo musical haya dejado de, por ejemplo, comprar un disco en el mercado legal. No es dable entonces señalar que un disco que se descargó equivale a un disco que se dejó de vender (Piñeros, 2013: 10).

La falta de certeza en este ámbito dice relación con la idea de que es imposible pretender que un individuo que descargó un archivo sin autorización efectivamente iba a pagar por él (y así generar la ganancia para el titular de derechos), pues existe la posibilidad de que nunca hubiese tenido la intención de comprar el disco o que ni siquiera hubiese podido hacerlo. Ahora bien, es imposible determinar en el caso a caso si el usuario efectivamente hubiese pagado por acceder a la obra, por lo que es necesario establecer un criterio objetivo de índole probabilística para determinar la existencia efectiva del daño.

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

No tan diversa ha sido la experiencia en el mercado *online* de la música. Oberholzer-Gee y Strumpf (2007: 39) concluyeron que el compartir archivos musicales mediante redes P2P tiene un efecto estadístico cercano a cero sobre las descargas de álbumes —esto es, la vía ilegal de adquisición no reemplaza necesariamente a la legal—, por lo que no habría propiamente un daño. Otro estudio señala que existe probabilidad de que las descargas afecten negativamente el mercado de los discos, pero que benefician al mercado digital de la música (Bastard, Bourreau y Moreau, 2007: 2).

Aguiar y Martens (2013) consideran que el punto crucial es saber si el consumo ilegal (la descarga de un álbum o una canción sin autorización) se habría convertido en consumo legal (el pago de licencia de descarga) en la ausencia de canales de consumo ilegales (el programa y la red P2P). Su estudio concluye que la piratería de música digital no desplaza compras legales de música en formato digital. Esto significa que, aunque hay infracción de los derechos de autor, no es probable que sea mucho el daño en los ingresos de música digital. Este resultado, sin embargo, debe

interpretarse en el contexto de una industria de la música sigue evolucionando (cf. Aguiar y Martens, 2013: 17).

En cuanto a la industria del cine, son más escasos los estudios respecto de las posibles pérdidas sufridas por los titulares de derechos. Al respecto, existe un estudio realizado por Koleman Strumpf que abarca el período de 2003 a 2009, y que concluye que, en base a datos aportados por BitTorrent, el desplazamiento que puede originar la descarga ilegal de películas es muy pequeño, lo cual puede ser explicado por la baja calidad de los archivos que contienen estas obras. Más aun, el compartir películas que todavía no se han estrenado tiene leves efectos positivos para los titulares (Strumpf, 2014: 3).

Respecto del mercado del libro, hay quienes consideran que los programas P2P son una forma de publicidad que favorece la visibilidad y que, en todo caso, no impide que los lectores interesados dejen de acudir a los sitios web de editoriales y librerías en línea para adquirir una versión autorizada del libro. Aquí se observa una complementariedad más que una destrucción de ventas, explicable por el hecho de que los que descargan contenidos son al mismo tiempo grandes lectores y compradores (Cordón-García y otros, 2011: 150). Respecto del mercado digital del libro, hay estudios que señalan que no existe una correlación entre la descarga ilegal de libros y el descenso de ventas en el sector (Cordón-García, Arévalo y Gómez Díaz, 2011: 151).

En conclusión, tanto en el mercado de la música como en el del cine y el libro, la conducta del usuario que se apropia indebidamente del bien inmaterial puede ocasionar daños, y pareciera ser que la probabilidad de ocurrencia del daño variará dependiendo del tipo de obra, pudiendo incluso llegar a beneficiar a los titulares de derechos.⁴⁰ La conclusión a la cual se ha llegado tiene su fundamento jurídico en las siguientes ideas.

En primer lugar, al analizar la naturaleza del lucro cesante es importante tener en consideración que éste «tiene siempre un elemento contingente, porque se basa en la hipótesis, indemostrable por definición, de que la víctima habría obtenido ciertos ingresos si no hubiese ocurrido el hecho que genera la responsabilidad del demandado» (Barros Bourie, 2007: 262). Como las ganancias no percibidas por el titular de derechos son un lucro cesante, siempre serán por definición ganancias inciertas,

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

sujetas a la incertidumbre de que efectivamente se hubiesen obtenido en base al curso normal de los acontecimientos. Aun así, es posible concluir que de todas maneras hay un daño indemnizable en este aspecto.

En segundo lugar, y de acuerdo a un criterio de causalidad, es sumamente complejo establecer a ciencia cierta que la conducta infractora del usuario habría ocasionado el lucro cesante del titular de los derechos, pero no por eso éste se torna inexistente. En base a los estudios analizados, se puede concluir que existe una probabilidad de que la conducta infractora hubiese ocasionado el daño, pero en ningún caso que dicha conducta se tradujera necesaria y totalmente en una pérdida económica para el titular de derechos. Así, quizás de acuerdo al elemento material de la causa la conducta ilícita haya ocasionado el daño, pero de acuerdo al elemento normativo es imposible concluir totalmente que ese daño se deba exclusivamente a la infracción.

Hasta ahora se ha hecho referencia a la actividad de intercambio desde el punto de vista del usuario que se dedica a descargar información, pero un usuario igualmente puede dedicarse a compartir información. Aquí la existencia del lucro cesante sólo estaría presente en la actividad de reproducción, pues es en ese ámbito que se vislumbra la eventual sustitución entre el acceso legal y gratuito por el ilegal y oneroso, no así por el acto de poner a disposición del público, acto que vendría solamente a posibilitar la descarga.

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

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

recho comparado.

En conclusión, tanto la conducta de descargar como la de compartir información genera un daño, el cual no es totalmente cierto, pero no por eso inexistente. Esto tiene su explicación en la naturaleza del mismo, y en los múltiples factores que inciden en su producción y manifestación. Esta conclusión es relevante en lo que a la evaluación del daño respecta, como se verá a continuación.

AVALUACIÓN DEL DAÑO

Entendiendo que efectivamente existe un daño indemnizable producto de la actividad infractora de los usuarios de programas P2P, el problema que sigue es determinar el monto de dicho daño. Para poder llegar a una respuesta acertada de cómo evaluar los perjuicios causados por un usuario que comparte y descarga archivos por redes P2P, se estudiará en primer lugar la regulación comparada.

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

El sistema denominado *actual damages and profits* consiste en la «facultad de recuperar el importe de los daños sufridos por la infracción, así como todos los beneficios obtenidos por el infractor. Con el objeto de cuantificar los beneficios del infractor, el titular del derecho lesionado debe presentar pruebas sobre dos puntos en cuestión. Por un lado, se deben probar sus gastos deducibles. Por otro lado, también se deben probar los beneficios que debe imputarse a otros factores que no sean la obra». ⁴¹

Además, el derecho estadounidense contempla el sistema de los *statutory damages*, el que, de acuerdo al mismo párrafo de la ley, permite al titular del derecho:

optar en cualquier momento antes de que se dicte sentencia definitiva, por recuperar, en lugar de los daños reales y las ganancias, un monto

⁴¹ Congreso de Estados Unidos, U.S. Copyright Law, title 17, 30 de julio de 1947, disponible en <<http://bit.ly/1InfPPz>>. La traducción es nuestra.

por daños estatutarios de toda lesión de los que participan en la acción, con respecto a cualquier trabajo, para el que cualquier infractor es responsable individualmente, o para el cual dos o más infractores son responsables conjunta y solidariamente, en una suma que el tribunal considere justa de no menos de US\$ 750 o más de US\$ 30.000. [...] En caso de que el propietario de los derechos sustente la carga de probar, y el tribunal considere que la infracción se haya cometido deliberadamente, el tribunal a su discreción podrá aumentar la adjudicación de daños estatutarios a una suma de no más de US\$ 150.000. En el caso de que el infractor sostenga la carga de probar, y el tribunal considere que la infracción no era consciente y no había razón para creer que sus actos constituían una infracción del derecho de autor, el tribunal, a su discreción, puede reducir la concesión de daños estatutarios a una suma de no menos de US\$ 200.

El fundamento del sistema de los *statutory damages* se basa en otorgarle cierta «recompensa» al titular de los derechos que ha sufrido una infracción, cuando existe dificultad en probar los daños y beneficios obtenidos por el infractor (Yeh, 2010: 3). De acuerdo al texto de la U.S. Copyright Law, el demandante debe optar por una u otra vía, no pudiendo acumular ambas.

En la experiencia estadounidense, la mayoría de los casos se han solucionado en virtud de acuerdos extrajudiciales (lo que se explica muchas veces por la condena elevadísima a la que se exponen los demandados, como se señaló anteriormente). Algunos se han ido a juicio, y hay otros en que el jurado ha otorgado «premios» sustanciales a los demandantes (Yeh, 2010: 3). Los casos paradigmáticos son los últimos, pues las sumas a que han sido condenados los demandados en algunos casos han sido exuberantes, lo que ha significado críticas hacia el sistema del *statutory damages*, por ser contrario al debido proceso (Yeh, 2010: 3).⁴²

En efecto, en el caso caratulado *Capitol Records Inc. v. Jammie Thomas-Rasset*, el demandado había utilizado el programa Kazaa para

42. Así, se puede suponer el caso en que existe un usuario de programa P2P que descarga de manera ilegal un archivo que contiene una obra musical. El demandante sabe que el precio de la licencia asciende a la suma de un dólar, pero puede recibir una suma de 750 dólares como mínimo, pues el sistema de los *statutory damages* contempla ese piso, y el juez no puede bajar de éste. El problema radica en aplicar dicha regla a cada infracción ocasionada, llegando a sumas aberrantes (Barker, 2004: 525-526.)

descargar al menos 24 canciones en su computadora, las cuales estaban protegidas con copyright, y que posteriormente compartió a otros usuarios de Kazaa. El jurado lo declaró culpable de violación consciente del copyright, y otorgó a la demandante la suma de US\$ 1.920.000 en daños estatutarios (80.000 dólares por canción infringida). El demandado recurrió de apelación en contra de la decisión del jurado, argumentando que ésta: 1) violaba la cláusula del debido proceso de la Constitución de los Estados Unidos; 2) era excesiva y chocante, lo que resulta en la necesidad de disminuir los daños estatutarios al mínimo de US\$ 750 por infracción del copyright; y 3) era excesiva e impactante, lo que exigía un nuevo juicio (Yeh, 2010: 7).

La corte estadounidense acogió el recurso, condenando al demandado a la suma de US\$ 54.000 en total. Para esto, razonó en base a la doctrina del *Remittitur*, en virtud de la cual una decisión puede ser modificada cuando resulte tan groseramente excesiva que impacte a la conciencia de la corte. El veredicto no se considera groseramente excesivo a menos que haya un resultado monstruoso o chocante (Yeh, 2010: 8).

Por otro lado, en *Sony BMG Music Entertainment v. Tenenbaum*, diversas compañías disqueras demandaron a un joven universitario por US\$ 1.000.000 en base al sistema de los *statutory damages*, por el hecho de haber descargado y compartido 30 canciones. El demandado fue condenado por infracción deliberada al copyright, ordenándole el jurado pagar la suma de US\$ 675.000. El demandado apeló en base a la jurisprudencia de la Suprema Corte por la inconstitucionalidad de los daños punitivos y sostuvo que la condena era grosera en base a la doctrina del *Remittitur*. La corte falló en su favor (Yeh, 2010: 10).

Sentencias como las expuestas sólo demuestran los resultados nefastos a los que se puede llegar en estas materias, condenando incluso a menores de edad a sumas estratosféricas sobre la base de que sólo se requiere probar una infracción para tener por establecido el daño. Se ha señalado que la lógica del sistema de *statutory damages* obedece a los *punitive damages* o daños punitivos, en virtud de los cuales se busca incentivar a la interposición de demandas y a castigar a quienes infringen la ley (Barker, 2004: 527).

La doctrina y jurisprudencia civil chilena han acogido la noción de daños punitivos. El profesor Barros Bourie señala:

En este caso, la indemnización es otorgada al demandante, al menos en parte, en la forma de una pena civil, que es retributiva respecto de un comportamiento particularmente impropio, y es una sanción disuasiva, que mira hacia el futuro, porque su finalidad es amedrentar al demandado y a los otros que están en posición de incurrir en la conducta reprochable (2007: 304).

Este tipo de indemnizaciones han sido utilizadas para la determinación del monto por daño moral. Sin embargo, son criticables por conllevar problemas de justicia correctiva, pues al demandante le son reparados daños que no ha sufrido (cf. Barros Bourie, 2007: 207). Así, no sería deseable aplicar este tipo de forma de evaluación de perjuicios a la generalidad de los casos.

Regulación española. El artículo 140 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual española es el que regula la indemnización por infracción al derecho de autor. En su numerando primero señala:

La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial.⁴³

En el numerando segundo, dicho artículo contempla los criterios para evaluar el monto que se deberá indemnizar:

La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción,

43. Ministerio de Cultura de España, Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, 12 de abril de 1996, disponible en <<http://bit.ly/1n6CMrv>>.

gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

El inciso primero del citado artículo hace referencia expresa a la posibilidad de solicitar la indemnización del lucro cesante en estas materias. Sin embargo, debido a la inexistencia en la legislación española de las indemnizaciones predeterminadas, hay autores que opinan que sería recomendable, de *lege ferenda*, la introducción de estos mecanismos de determinación de perjuicios (cf. Garrote, 2005: 310). Por otro lado, la letra b) del citado precepto legal contempla el criterio de la regalía hipotética, el cual vendría a ser una herramienta útil para avaluar el monto indemnizatorio cuando la infracción consiste en la puesta a disposición de la obra.

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

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

El profesor Barros Bourie señala:

El cálculo del *lucro cesante* comprende normalmente un componente típico (en oposición a concreto e individual), que alude a los ingresos netos (descontado los gastos) que pueden ser razonablemente esperados por una persona como el demandante, de conformidad con el normal desarrollo de los acontecimientos. La prueba difícilmente puede determinar con certeza si el daño habría ocurrido, ni la suma precisa de los beneficios que la víctima habría obtenido. La necesidad de recurrir a estimaciones de base objetiva surge de la naturaleza del daño, porque envolviendo todo lucro cesante un factor de incertidumbre, la prueba en concreto de su materialización impone condiciones imposibles de satisfacer (2007: 262).

Barros Bourie (2007: 264) señala que con frecuencia la jurisprudencia nacional es exigente en la prueba del lucro cesante, al punto de pecar de exceso.

Consideramos que los elementos objetivos que debe tener presente un juez civil para determinar el monto del daño son los siguientes. En primer lugar, se debe determinar el tipo de obra que ha sido utilizada por el infractor, pues su naturaleza permitirá tener un parámetro en cuanto a su valor de explotación de mercado, teniendo en cuenta el valor legítimo de venta al detalle de dicha obra musical (artículo 85 E). Si la obra no tiene valor legítimo de venta al detalle, el juez podrá decidir prudencialmente.

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

En tercer lugar, cabe aplicar aquí la premisa a la cual se llegó anteriormente para la determinación de la existencia del daño, esto es, que sólo existe una probabilidad de que el usuario hubiese accedido legalmente a la obra, lo que se traduce en que, de igual forma, existe una mera probabilidad de que el titular de los derechos hubiese generado ganancias por la explotación de la misma. Esta hipótesis es aplicable claramente a la infracción por reproducción; no así a la que consiste únicamente en la puesta a disposición de la obra, pues este análisis es propio del primer supuesto.⁴⁴

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

A nuestro juicio, en principio existen dos formas de determinar este tipo de daño. La primera consiste en asignarle un valor a cada obra que descargó el demandado, valor que podría haber obtenido el demandante

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

en caso de que el demandado hubiese pagado por acceder a ella (valor legítimo de venta al detalle). De ahí que por cada archivo descargado el demandado deberá pagar esa suma compensatoria. Este mecanismo se basa en el criterio de sustitución perfecta, que si bien hace omisión a todo lo señalado respecto a que es imposible concluir que el usuario efectivamente hubiese accedido a la obra pagando por ella, sí permite determinar el monto indemnizatorio concreto. Como se ha dicho, este criterio es utilizado en los casos en que la SCD demanda a discoteques o supermercados que hacen comunicación pública de obras de su repertorio.

Un segundo mecanismo de evaluación consiste en aplicar un criterio de carácter porcentual que se haga cargo de la hipótesis de que no existe certeza sobre el hecho de que el demandado hubiese efectivamente pagado por acceder a la obra, por lo que no hay una correlación necesaria entre lo que debió pagar el demandado y lo que dejó de ganar el demandante. Aquí el criterio de determinación de la existencia del daño permitiría evaluar el mismo.

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

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

Como se mencionaba, este criterio de evaluación ha sido utilizado por los tribunales nacionales; la Corte Suprema ha condenado al pago de tarifas respectivas cuando el demandante es la SCD. Así, en la causa caratulada *Sociedad Chilena Derecho de autor con Henríquez Correa Duli*,⁴⁵ dicho tribunal condenó a la demandada, que comunicaba públicamente obras del repertorio de la demandante y sin su autorización, a indemnizar los perjuicios. El fallo señala lo siguiente en el considerando sexto:

Que la demandada al infringir las disposiciones de la Ley 17.336 sobre Propiedad Industrial [sic], al no requerir la autorización para comunicar públicamente obras musicales del repertorio de la SCD y pagar los derechos correspondientes de acuerdo a las tarifas fijadas al efecto, privando a los autores, compositores, artistas, productores y demás titulares de los derechos de autor y conexos, de la remuneración que legítimamente les habría correspondido, habrá de ser condenada a pagar a título de indemnización de perjuicios, el monto de dichas tarifas por el período de tiempo antes precisado.

El criterio propuesto ha sido denominado como el de la regalía hipotética, el cual tiene consagración expresa en distintas legislaciones de propiedad industrial, incluida la chilena.⁴⁶ Sobre este criterio se ha señalado:

tiene como objetivo cifrar la cuantía del enriquecimiento negativo del infractor (el *damnum cessans*), y se asienta sobre una ficción legal consistente en considerar que el titular del derecho infringido y el infractor celebraron un contrato de concesión de licencia que faculta a éste para utilizar la patente, la marca o el diseño: trata, en definitiva, de compensar el hipotético empobrecimiento del titular mediante el cobro del precio de una licencia que hubiese debido percibir en circunstancias normales de cumplimiento de la legalidad (Díaz Vales, 2008: 36).

En estos casos, «la política de no concesión de licencias por parte del titular puede ser apreciada como un factor a tomar en consideración en orden al incremento de la cuantía de la regalía hipotética» (Díaz Vales, 2008: 36).

45. Del 5 de abril de 2010, Excma. Corte Suprema, Tercera Sala, rol 5.257-2008.

46. Artículo 108 de la Ley 19.039 de Propiedad Industrial.

Ahora bien, atendida la dificultad de determinar el monto de dichos perjuicios respecto de los usuarios que comparten y descargan archivos, pues finalmente es el demandante quien debe probarlos; el actor puede optar por la denominada indemnización predeterminada del artículo 85 K de la Ley de Propiedad Intelectual. Como se señaló, ésta le permite al titular de un derecho solicitar, una vez acreditada judicialmente la respectiva infracción, que las indemnizaciones de los daños y perjuicios patrimoniales y morales causados sean sustituidas por una única suma compensatoria que será determinada por el tribunal en relación a la gravedad de la infracción, no pudiendo ser mayor a dos mil unidades tributarias mensuales por infracción (\$ 85.500.000 aproximadamente). Dicho criterio simplifica la carga que tiene el demandante, tanto en lo que respecta a la prueba de la existencia del daño, como a la valuación del mismo.

En consecuencia, el juez tiene un rango de \$ 1 a \$ 85.500.000 por infracción para avaluar la indemnización, en la medida en que el titular de los derechos haya acreditado la infracción. El criterio para determinar la suma será la gravedad de la infracción; en el presente caso tendrá que ver principalmente con la cantidad de obras compartidas y descargadas mediante estas redes, pues ese hecho es el que se traduce en una mayor o menor ganancia que pudo dejar de obtener el demandante. La gravedad de la infracción también podría depender del tipo de obra compartida, pues el valor de la licencia varía.

Cabe señalar que el mecanismo de indemnización predeterminada proviene del Tratado de Libre Comercio celebrado con Estados Unidos, por lo que en definitiva se inspira en el sistema de los *statutory damages* (Walker Echenique, 2014: 328). Como se apreció con anterioridad, este sistema fue fuertemente criticado por los resultados aberrantes a los cuales puede llegar con su aplicación poco criteriosa.

Si bien la Ley de Propiedad Intelectual no contempla un piso mínimo de indemnización como lo hace la legislación estadounidense, la indemnización predeterminada eventualmente podría ser empleada por los jueces como mecanismo de desincentivo de la infracción de los derechos de autor y conexos, y además como pena civil. Esto pues sólo requiere de la acreditación de la infracción, siendo el tribunal el que determina el monto a indemnizar en base a la gravedad de la misma, criterio que puede resultar poco certero en algunos casos. Además, al igual como se apreció

en la jurisprudencia estadounidense, la indemnización predeterminada puede llegar a la suma de 85 millones de pesos por cada infracción que se ha cometido, por lo que perfectamente podría dar origen a condenas absurdas, si se entiende que cada obra descargada o compartida amerita una infracción.⁴⁷

A nuestro juicio, independientemente de si el demandante recurre o no a esta forma de evaluación de perjuicios, un tribunal siempre debiese aplicar los criterios señalados anteriormente respecto de la determinación del monto del daño, pues sólo así se podrá llegar a determinar eventualmente una suma que cumpla con los fines correctivos de la responsabilidad civil, y no así solamente con los disuasivos, los que son ajenos a la dogmática civil nacional.

EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS RESPONSABLES

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

Como se mencionó al principio de este trabajo, una de las razones de que no sea conveniente demandar a los individuos que utilizan internet para fines ilícitos es precisamente la dificultad de poder individualizarlos, pues lo normal es que actúen anónimamente. En efecto, para conectarse a una red P2P no es necesario, como regla general, registrarse en un programa P2P. Tampoco lo es indicar un nombre de usuario o *nickname*, por lo que los usuarios pueden mantener oculta su identidad (Letai, 2012: 217).

Los únicos datos a los que el titular de derechos tiene acceso son la dirección IP (Internet Protocol) asociada al ISP, el día y hora de la infracción y el tipo de programa utilizado. La dirección IP es un protocolo usado tanto por el origen como por el destino para la comunicación de

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

datos a través de una red local o internet. Es un número que identifica un ordenador dentro de una red que utilice el protocolo IP.⁴⁸

Estos datos pueden ser entregados por el ISP respectivo (por ejemplo, VTR, proveedor de acceso), pero sin el nombre ni la dirección del usuario hacen imposible interponer una demanda, pues no habría una individualización suficiente conforme al artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. Solo un ISP puede asociar la dirección IP de un usuario al nombre y domicilio del mismo. Ahora bien, el problema entonces comienza al momento de solicitar el nombre y la dirección del individuo asociado a la dirección IP, pues estos datos son personales.

En Estados Unidos, son las cortes quienes deben dar la autorización para descubrir esos datos personales (Roebuck, 2013: 42). En 2003, la RIAA demandó al ISP Verizon,⁴⁹ solicitándole a la corte que esta empresa revelara una serie de datos que le permitirían demandar a usuarios de redes P2P. Verizon era un proveedor de acceso a internet, por lo que podía asociar la dirección IP de los usuarios a sus datos personales. La demanda se basaba en que la Copyright Act permite que los ISP den a conocer dicha información a los interesados. La Corte de Distrito de Columbia finalmente determinó que la Copyright Act no se aplica a los prestadores de acceso a internet, y sólo es aplicable a los prestadores de alojamiento. Esto se traduce en la imposibilidad de los titulares de demandar a los usuarios cuando los datos personales se encuentran en poder de un proveedor de acceso a internet.

Por lo tanto, la RIAA tuvo que modificar su estrategia y empezó a demandar a usuarios anónimos, indicado sólo su dirección IP y los archivos que ponían a disposición. La averiguación de la identidad de los usuarios se realizaba bajo el impulso de la autoridad judicial (Sánchez Aristi, 2007: 141). Si bien esto suena simple, la experiencia ha arrojado resultados inconsistentes en los Estados Unidos, pues las cortes no tienen un criterio unívoco (cf. Roebuck, 2013: 42).⁵⁰

48. Video vigilancia, ¿Qué es una dirección IP?, 2015, disponible en <<http://www.videovigilancia.com/respip.htm>>.

49. *Industry Association of America v. Verizon Internet Services*, 19 de diciembre de 2003, Corte de apelación del Distrito de Columbia, Estados Unidos, 351 F.3d 1229.

50. Así, por ejemplo, la Corte de Distrito de California exige lo siguiente: 1) Si el demandante puede identificar al demandado de forma específica, de modo tal que la Corte

Una situación similar ocurrió en España, donde la entidad Promusicae, en representación de los productores de fonogramas de ese país, dedujo una demanda en contra de Telefónica, proveedora de acceso a internet, solicitando los datos personales de diversos usuarios de redes P2P. El asunto pasó a ser conocido por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.⁵¹ Dicho tribunal consideró que las operadoras no tienen obligación de identificar a los usuarios de los programas P2P. Estimó que el derecho comunitario no obliga a los Estados miembros a divulgar (por parte de los ISP) los datos personales de posibles infractores en el marco de un procedimiento civil. Si bien no se impone el deber, tampoco se excluye, y cada Estado miembro debería interpretar las directivas comunitarias para que se garantice el justo equilibrio entre el derecho a la intimidad y la tutela efectiva de los derechos de autor (Letai, 2012: 454).

En la misma línea, se ha estimado que en la doctrina colombiana que el demandar a un ISP para que revele la información constituye una manifiesta violación a los derechos de *habeas data* y privacidad, pues la información solicitada es personal y secreta, encontrándose protegida por normas constitucionales y por decisiones de tribunales comunitarios de justicia. Por lo tanto, si bien la conducta de los usuarios puede ser tipificada como delito, en la actualidad no puede accederse a los datos personales para hacer efectiva la responsabilidad, salvo que la ley se modifique (León y Varela, 2009: 223).

Ahora bien, no se puede dejar de lado el hecho de que la dirección IP no necesariamente permitirá identificar concretamente al sujeto infrac-

pueda determinar que es una persona real o una entidad que pueda ser demandada en una Corte Federal; 2) si el demandante ha identificado todos los pasos previos tomados para localizar al demandado; 3) si la demanda contra el demandado podría soportar una moción para ser desechada; y 4) si el demandante ha demostrado que hay una razonable probabilidad de ser capaz de identificar al demandado a través del servicio del proceso (Roebuck, 2013: 42). Estos requisitos difieren de otros impuestos por otras cortes. Así, otras cortes sólo exigen que la dirección IP del demandado sea parte del intercambio de archivos (Roebuck, 2013: 46).

51. *Productores de Música de España (Promusicae) con Telefónica de España, S.A.U.*, 29 de enero de 2008, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de las Comunidades Europeas, causa C-275/06.

tor. En el caso estadounidense caratulado *K-Beech, Inc. v. John Does*,⁵² la empresa titular del copyright de una serie de videos pornográficos demandó a múltiples presuntos infractores que descargaron sus obras por BitTorrent. La demandante sólo tenía la dirección IP de los demandados, por lo que no sabía específicamente quiénes eran. La Corte de Distrito del Este de Nueva York, con fecha 1 de mayo de 2012, concluyó que la dirección IP no permite determinar concretamente a los sujetos responsables, pues la descarga puede haberla realizado cualquier individuo conectado a la dirección IP. Esto debido a que, con las conexiones inalámbricas, muchas personas pueden estar conectadas a una misma dirección. Por otro lado, aunque la descarga hubiese sido efectuada desde un único ordenador, no es cierto que quien suscribió el servicio de acceso a internet es aquel que necesariamente efectúa la infracción, pues puede haberla realizado un pariente o un invitado. El problema, entonces, consiste en presumir que el titular de la suscripción a internet es el sujeto infractor, lo cual no necesariamente es cierto. Incluso, hay casos en que el sujeto infractor puede ser un vecino que se conectó a la red inalámbrica del titular de la cuenta.

Para el caso chileno, es el artículo 85 S de la Ley de Propiedad Intelectual el que viene a tratar de resolver el problema:

El Tribunal competente, a requerimiento de los titulares de derechos que hayan iniciado el procedimiento establecido en el artículo precedente (sobre medidas prejudiciales), podrá ordenar la entrega de la información que permita identificar al supuesto infractor por el prestador de servicios respectivo. El tratamiento de los datos así obtenidos se sujetará a los dispuesto en la Ley 19.628 sobre Protección a la Vida Privada.

El mentado artículo tiene como presupuesto para la identificación del sujeto infractor que se haya solicitado la aplicación de una medida prejudicial o judicial precautoria en contra del ISP, a fin de evitar que continúe la infracción. Como ha sido la tónica en la jurisprudencia nacional, no existe pronunciamiento alguno al respecto. Por lo tanto, será tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional la encargada de de-

52. De 1 de mayo de 2012, Corte de Distrito del Este de Nueva York, Estados Unidos, CV 11-3995.

terminar si en Chile es posible demandar a los ISP solicitando los datos personales de los usuarios de redes P2P, y si la dirección IP es suficiente para dirigirse contra un individuo.⁵³

En este sentido, Alberto Cerda Silva se ha manifestado sobre el alcance del citado texto legal:

La ley limita la aplicación del procedimiento de identificación de supuestos infractores sólo a aquellos prestadores de servicios de internet que brindan servicios distintos a la transmisión de datos, enrutamiento y conexión. En otros términos, este procedimiento sólo aplica respecto de aquellos prestadores de servicios de almacenamiento de datos. Esta interpretación es consistente con la circunstancia de que el Tratado de Libre Comercio es reflejo, en este punto, de la normativa de los Estados Unidos, cuyas disposiciones limitan la aplicación del procedimiento para identificación de usuarios a aquellos prestadores que proveen un servicio distinto al de simples proveedores de acceso (como ocurrió con Verizon, por ejemplo). De hecho, tal como sucede en el derecho estadounidense, la Ley de Propiedad Intelectual permite la identificación de usuarios a solicitud de los titulares de derechos que han iniciado un procedimiento para la bajada, bloqueo o inhabilitación de acceso a contenidos, lo cual supone necesariamente identificar material infractor y su localización, lo que tan solo puede acontecer tratándose de prestadores de servicios de internet que brindan almacenamiento de datos. Excluir a los prestadores de acceso a internet de la obligación de identificar supuestos infractores es, además, consistente con el entendimiento de que los usuarios que simplemente navegan a través de la red no infringen derechos autorales; sólo aquellos usuarios que proveen contenidos, almacenándolos en línea para hacerlos disponible a terceros, pueden ser responsables por infracción a los derechos autorales (Cerda Silva, 2014: 138).

El problema radicaría, entonces, en que para el caso de las infracciones cometidas por redes P2P, los datos no se encuentran almacenados

53. En opinión de Alberto Cerda, no es claro de qué modo los titulares de derechos autorales identificarán las cuentas de los supuestos usuarios sin infringir la normativa sobre tratamiento de datos personales, pues ni los usuarios ni la ley les han autorizado para procesar información personal, tal como los números de conexión a internet. Señala que esta deficiencia ha sido observada por la doctrina, que alega infracción al derecho a la vida privada y la ilicitud de la potencial evidencia (Cerda Silva, 2014: 137).

en servidores de internet, por lo que dichas medidas serían inaplicables en este contexto, limitando así la legítima expectativa de los titulares de derechos de autor y conexos de obtener su indemnización. Dicha postura sólo sería aplicable para el caso de programas que utilizan archivos torrent, pues éstos están alojados en un sitio web. Solo así se podría identificar a los usuarios en base a este artículo.

Por otro lado, Santiago Schuster es contrario a la postura de Alberto Cerda Silva:

El proveedor de acceso es el único que puede ofrecer la identificación de los infractores. Es el único que tiene las herramientas técnicas para evitar que continúen produciéndose perjuicios a las personas agraviadas en su honra como en sus bienes, caso particular de los bienes protegidos por su propiedad intelectual. El proveedor de acceso es definitivamente el único vínculo existente con los usuarios que cometen ilícitos (*Orlando Fuentes Siade con Entel S.A.*, 6 de diciembre de 1999, Corte de Apelaciones de Concepción, rol 243-99).

Habrá que esperar alguna manifestación de los tribunales nacionales de justicia para ver cómo reaccionan ante estos problemas.

CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo consistió en determinar si es que los usuarios de un programa P2P cometen una infracción al derecho de autor y a los derechos conexos cuando utilizan el respectivo programa para intercambiar archivos; y en caso de ser afirmativa la respuesta a dicha interrogante, determinar si aquella infracción es sancionable civilmente con el deber de reparar los daños ocasionados al titular de los derechos. Para poder resolver la pregunta planteada, el trabajo se desarrolló de la siguiente manera, llegando a las conclusiones que se mencionarán.

En la primera parte de este trabajo se hizo una explicación de qué es una tecnología P2P desde el punto de vista informático. De igual forma, se desarrolló el problema legal que gira en torno a la utilización ilícita de aquella tecnología. Se concluyó que los titulares de derechos están en contra de la conducta desarrollada tanto por los usuarios como la de los intermediarios, pues, según ellos, la utilización de estos programas traería como consecuencia la materialización de miles de infracciones, lo

que finalmente se traduciría en pérdidas millonarias para la industria. En contra, se ha señalado que estos programas son un mecanismo relevante para la circulación de información en general, por lo que su existencia beneficia a una sociedad en desarrollo y democrática como la actual. Aun así, el presente trabajo sólo se avocó a tratar la responsabilidad de los usuarios.

Tras el estudio de la jurisprudencia comparada, se pudo concluir que el usuario que comparte y descarga archivos que contienen obras protegidas incurre en una actividad infractora. Esto independientemente de si sólo se limita a compartir o a descargar, pues ambas conductas serían infractoras.

Se desarrolló la temática que gira en torno a la responsabilidad extracontractual de los usuarios de programas P2P por intercambio de archivos que contienen obras protegidas mediante dichos programas, bajo la visión del derecho nacional. Se llegó a la conclusión de que el usuario que intercambia archivos por este tipo de programas comete una infracción, la cual es sancionable civilmente. En efecto, el usuario que comparte archivos realiza un acto de puesta a disposición al público, y el usuario que descarga archivos realiza un acto de reproducción. Ambos actos requieren de la autorización del titular de los derechos, ya que, de lo contrario, implicarían una infracción.

Esta conclusión es de igual manera aplicable a quien comparte un trozo de archivo bajo la modalidad denominada *swarming*, cuya conducta es igualmente reprochable. Si el usuario introduce un archivo en la carpeta de archivos compartidos, aparte de realizar un acto de puesta a disposición del público, estaría realizando una reproducción del mismo, por lo que, si aquel archivo contiene una obra, deberá tener la autorización del titular de los derechos. Respecto del usuario que descarga un fragmento de archivo que contiene una obra protegida, o que en caso de iniciar la descarga y que posteriormente ésta sea detenida, se concluyó que con esa conducta no cometía infracción, lo que se deduce tanto de criterios técnicos como jurídicos (sustancialidad del fragmento de la obra).

Sobre el daño, se apreció que acorde a la postura de la doctrina mayoritaria, la sola infracción al derecho de autor y los derechos conexos causa un daño que *per se* debe ser indemnizable, lo que es una postura que no está exenta de críticas, pero que no fueron objeto del presente trabajo. Así, los problemas que giran en torno al daño tendrían que

ver, más que con la constatación del mismo, con la determinación de su extensión y la del monto indemnizatorio. Para esto, se apreció que la propia Ley de Propiedad Intelectual chilena contiene normativa especial aplicable, que permite con mayor facilidad determinar la indemnización que un demandado tiene que pagar.

Respecto del daño ocasionado por la actividad infractora de los usuarios, se determinó que éste corresponde principalmente a un lucro cesante, pues existe una razonable probabilidad de que el usuario que descarga de manera ilícita y gratuita una obra deje de acceder de manera legal y onerosa a aquella en presencia de programas y redes P2P, lo que se traduce en una ganancia no obtenida por el titular de los derechos respectivos. Este análisis no puede ser aplicado al usuario que se limita a compartir información, pues para éste sólo puede entenderse que dejó de pagar la licencia de puesta a disposición del público de la obra respectiva, lo que se traduce de igual forma en un lucro cesante para el titular.

Sobre la causalidad como elemento de la responsabilidad, se determinó que la conducta negligente del usuario debe ser tenida como causa del lucro cesante experimentado por el titular de los derechos, independiente de qué tipo de teoría se tenga presente. Aun así, el daño nunca puede ser atribuido totalmente a la infracción.

En lo referido a la evaluación del daño ocasionado por los usuarios de programas P2P, se propusieron dos mecanismos de evaluación de perjuicios. En primer lugar, se puede asignar un valor concreto a cada archivo y multiplicarlo por el total de descargas efectuadas por el usuario, opción que deja de lado las conclusiones aportadas por los estudios estadísticos en cuanto a que es imposible establecer una relación cierta entre la descarga de un archivo y el hecho de haber dejado de acceder legalmente a éste mediante el pago de un precio. En segundo lugar, el mecanismo puede consistir en aplicar un criterio probabilístico y de carácter porcentual que se haga cargo de aquel razonamiento, donde finalmente el monto indemnizatorio por archivo descargado corresponderá a un porcentaje del valor mismo, y así sucesivamente.

Respecto de los usuarios que se limitan a compartir, se concluyó que el monto indemnizatorio ha de ser calculado en base al valor de la licencia que debía haber pagado el sujeto infractor al titular de los derechos, único criterio aplicable en este caso y que, como se ha dicho, es adoptado por la jurisprudencia nacional en situaciones distintas.

Se concluyó de igual manera que, atendida la dificultad probatoria del daño ocasionado por un usuario que comparte y descarga miles de datos por un período de tiempo relativamente extenso, lo normal es que el demandante acuda al mecanismo de las indemnizaciones predeterminadas, que sólo requieren la prueba de la infracción. Aun así, la prueba de las infracciones puede resultar difícil.

Así, la conclusión general a la cual se puede arribar es que los usuarios de estos programas y redes incurren en una infracción a la Ley de Propiedad Intelectual al compartir y descargar archivos que contienen obras protegidas. Dicha infracción es sancionable civilmente con el deber de reparar los perjuicios a los titulares de derechos.

Finalmente, se hizo referencia al problema que existe en la identificación de los usuarios de estos programas, los cuales actúan de manera anónima, siendo sólo los ISP quienes pueden revelar la información necesaria para poder demandarlos. Lamentablemente en Chile aún no existen pronunciamientos respecto al deber de los ISP de facilitar estos datos de índole personal, pero hay autores que señalan que sólo los proveedores de alojamiento tendrían este deber; otros son reacios a esta postura.

REFERENCIAS

- AIBAR, Eduard y Jairo ARES (2010). «Un análisis socio-histórico de la controversia en torno a las redes P2P para el intercambio de música e imágenes». En X Congreso Español de Sociología. Sociología y sociedad en España: hace treinta años, dentro de treinta años, 1-3 de julio de 2010. Pamplona, Federación Española de Sociología (FES). Disponible en <<http://bit.ly/1SYqG02>>.
- AGUIAR, Luis y Bertin MARTENS (2013). «Digital music consumption on the internet: Evidence from clickstream data». Disponible en <<http://bit.ly/1OADowL>>.
- BARKER, J. Cam (2004). «Grossly excessive penalties in the battle against illegal file-sharing: The troubling effects of aggregating minimum statutory damages for copyright infringement». *Revista de Derecho de Texas*, 83 (2): 525-559. Disponible en <<http://bit.ly/1n6De97>>.
- BARRIENTOS, Marcelo (2008). «El sistema indemnizatorio del triple cómputo en la Ley de Propiedad Industrial». *Ius et Praxis*, 14 (1): 123-143. Disponible en <<http://bit.ly/209ATZQ>>.

- BARROS BOURIE, Enrique (2006). *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica.
- BASTARD, Irène, Marc BOURREAU y François MOREAU (2007). «L'impact du piratage sur l'achat et le Téléchargement Legal: une comparaison de quatre filieres culturelles». Disponible en <<http://bit.ly/1PBeXiK>>.
- CAREY CLARO, Guillermo y Matías RODRÍGUEZ BURR (2005). «Sistemas de transferencia de música por redes P2P». *Revista Chilena de Derecho Informático*, 6: 43-60. Disponible en <<http://bit.ly/1RParU6>>.
- CARRIER, Michael A. (2009). «The Pirate Bay, Grokster, and Google». *Journal of Intellectual Property Rights*, 15: pp. 7-18. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=1481854>>.
- CERDA SILVA, Alberto (2014). «Limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet por infracción a los derechos de autor en línea». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 42: 121-148. Disponible en <<http://bit.ly/1RPcHuA>>.
- CORDÓN-GARCÍA, José Antonio, Julio Alonso ARÉVALO y Raquel GÓMEZ DÍAZ (2011). «Libros electrónicos: oferta comercial y redes p2p». *El Profesional de la Información*, 20 (2): 149-158. Disponible en <<http://bit.ly/1RvTKfU>>.
- DE LEÓN GUEVARA, Charlene (2001). *La música en la Internet: una perspectiva legal*. Disponible en <<http://bit.ly/1OAAAQi>>.
- DÍAZ VALES, Fernando (2008). «La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial». *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 1: 15-44. Disponible en <<http://bit.ly/1RvTQ70>>.
- GARROTE, Ignacio (2005). *La reforma de la copia privada en la ley de propiedad intelectual*. Granada. Editorial Comares.
- GINSBURG, J. y S. RICKETSON (2006). «Inducers and authorisers: A comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling». Legal Studies Research Paper 144, disponible en <<http://bit.ly/1PlsF8M>>.
- GONZÁLEZ VELÁSQUEZ, José Raúl (2011). «La responsabilidad jurídica derivada de la distribución de obras a través de programas P2P y Stream Chanel». Disponible en <<http://bit.ly/1ZvQ39k>>.
- GRUNEWALDT, Andrés (2008). «La infracción a los Derechos de Autor y Conexos por medios tecnológicos: tratamiento penal a la luz de la ley chilena». *Revista de Derecho* (Universidad Finis Terrae), 12: 239-382.

- . (2013). «Delitos contra los derechos de autor en Chile». *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Universidad de Chile), 2 (2): 95-163. Disponible en <<http://bit.ly/1KiMsXI>>.
- HEINGARTNER, Douglas (2004). «Software piracy is in resurgence, with new safeguards eroded by file-sharing». *New York Times*, 19 de enero, disponible en <<http://nyti.ms/239Wu6A>>.
- HERRERA-USAGRE, Manuel (2011). *El impacto del intercambio de música sobre la compra de discos y la asistencia a conciertos. El caso de España*. Disponible en <<http://bit.ly/1QhYHrG>>.
- KLINKER, Eric (2014). «BitTorrent's 10th Anniversary & The Internet We Build Next». Disponible en <<http://bit.ly/1JUBomr>>.
- LETAI, Pedro (2012). *Infracción de derechos de propiedad intelectual sobre la obra musical en Internet*. Tesis doctoral. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho.
- LEÓN, Edgar Iván y Eduardo Segundo VARELA (2009). Antinomia entre la protección a los autores y derecho a la privacidad por la batalla legal contra las tecnologías P2P. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 39 (111): 203-225. Disponible en <<http://bit.ly/1QhYYL9>>.
- LIPSYC, Delia (1993). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires: Ediciones Unesco, Cerlalc y Zavallía.
- MAHÚ, Jorge (1999). «Ilícitos civiles y penales en materia de derechos de autor. Medidas cautelares». Disponible en <<http://bit.ly/1PBdfob>>.
- OBERHOLZER-GEE, Felix y Koleman STRUMPF (2007). «The effect of file sharing on record sales: An empirical analysis». *Journal of Political Economy* (University of Chicago), 117 (1): 1-42. Disponible en <<http://bit.ly/1PltoH2>>.
- PIÑEROS, Santiago (2013). «Los nuevos modelos: Una solución equilibrada a la problemática del P2P». *Revista Universidad Externado de Colombia*, 17: 5-29. Disponible en <<http://bit.ly/1VIBnOI>>.
- PLATA LÓPEZ, Luis Carlos (2010). «El concepto de conducta como elemento indispensable en la responsabilidad civil por infracciones al derecho de autor». *Revista de Derecho* (Universidad del Norte de Colombia), 34: 79-115. Disponible en <<http://bit.ly/1lnj75F>>.
- POORTA, Joost, Jorna LEENHEERB, Jeroen VAN DER HAMC y Cosmin DUMITRUC (2013). Baywatch: Two approaches to measure the effects of blocking access to The Pirate Bay». Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2314297>>.

- RIBERA, Begoña (2009). «La infracción de derechos de autor a través de los sistemas *peer to peer* y *peer to mail*». *Revista Iberoamericana de Derecho de Autor*, 3 (25): 38-61.
- RÍOS RUIZ, Wilson Rafael (2008). «Ciberpiratería. Sistemas *peer to peer* (p2p). Análisis de las sentencias en los casos Napster, Grokster, Morphueus, Streamcast y Kazaa». *Revista Universidad Externado de Colombia*, (12): 59-86. Disponible en <<http://bit.ly/1QhZFUP>>.
- ROEBUCK, Jeannie (2013). «BitTorrent sharing: The case against John Does 18». *Intellectual Property Law Bulletin*, 35. Disponible en <<http://ssrn.com/abstract=2412109>>.
- SÁNCHEZ ARISTI, Rafael (2007). *El intercambio de obras protegidas a través de las plataformas peer-to-peer*. Madrid: Instituto de Derecho de Autor.
- SANDULI, Francesco D. y Samuel MARTÍN BARBERO (2005). «El usuario y el proveedor digital: El “reparto musical” en las redes P2P». *Revista de Estudios de Comunicación*, 10 (18): 105-121. Disponible en <<http://bit.ly/1RPbymV>>.
- SCHNETTLER, Ferdinand (2015). *Responsabilidad civil extracontractual derivada de la infracción a los derechos patrimoniales de autor y derechos conexos por intercambio de obras protegidas mediante programas y redes peer to peer*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en <<http://bit.ly/1JUC4Iz>>.
- STRUMPF, Koleman (2014). «Using markets to measure the impact of file sharing on movie revenues». Disponible en <<http://bit.ly/1OrWffA>>.
- VÁSQUEZ VARGAS, María de los Ángeles (2008). *Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios en internet*. Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Disponible en <<http://bit.ly/1n6FTzK>>.
- WALKER ECHENIQUE, Elisa (2014). *Manual de propiedad intelectual*. Santiago: Legal Publishing.
- YEH, Brian T. (2010). «Statutory damage awards in peer-to-peer file sharing cases involving copyrighted sound recordings: Recent legal developments». Congressional Research Service. Disponible en <<http://bit.ly/1ne47ca>>.

SOBRE EL AUTOR

FERDINAND SCHNETTLER CHÁVEZ es abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Se desempeña como abogado asociado en Carey & Allende. Su correo electrónico es <fsch-nettler@gmail.com> y su dirección postal es Manuel Antonio Tocornal 455, Santiago.

Artículo recibido el 8 de octubre de 2015 y aprobado el 14 de diciembre de 2015.

