

# Internet, Copyright y Derecho: Opiniones Contingentes

*Alberto Cerda Silva & Claudio Ruiz Gallardo*





Internet,  
Copyright y Derecho:  
Opiniones Contingentes

*Alberto Cerda Silva & Claudio Ruiz Gallardo*



# Internet, Copyright y Derecho: Opiniones Contingentes

*Alberto Cerda Silva & Claudio Ruiz Gallardo*

# Internet, Copyright y Derecho: Opiniones Contingentes

Alberto Cerda Silva y Claudio Ruiz Gallardo

Una publicación de **ONG Derechos Digitales** que ha sido posible gracias al valioso apoyo brindado por Ford Foundation.

Este libro fue diseñado por Armando Torrealba.

[www.useme.cl](http://www.useme.cl)

Páginas interiores impresas en un papel bond blanco de 106 grs.

Portada impresa en cartón couche reverso blanco de 300 grs. Encuadernación de costura con hilo y entape Hot Melt Se terminó de imprimir la presente edición en marzo del 2010



## Algunos derechos reservados.

Esta publicación está disponible bajo Licencia Creative Commons 2.0 Atribución – Licenciar Igual Chile. Ud. puede copiar, distribuir, exhibir, y ejecutar la obra; hacer obras derivadas; y hacer uso comercial de la obra. Ud. debe darle crédito al autor original de la obra. El texto íntegro de la licencia puede ser obtenido en :

<http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/cl/>

© 2010, Alberto Cerda Silva y Claudio Ruiz Gallardo

ONG Derechos Digitales

Diagonal Paraguay 458, Piso 2 Santiago de Chile. C.P. 855003. TELÉFONOS (56-2) 632 36 60

URL: <http://www.derechosdigitales.org> E-MAIL: [info@derechosdigitales.org](mailto:info@derechosdigitales.org)

No de inscripción: 189583 I.S.B.N.: 978-956-8847-01-2

Impreso en Andros Impresores Santa Elena 1955, Santiago, Chile

# Una nota preliminar

A comienzos del 2007, el entonces editor de Terra Magazine Latam, Alejandro Lingenti, nos llamó, nos contó acerca de su intención de crear una publicación electrónica para hispanoparlantes y nos invitó a escribir en ella. Tras garantizarnos libertad creativa y acceder a que ellas fuesen licenciadas con Creative Commons, de modo que pudieran circular libremente a través de la red, accedimos a la invitación. Así, entre otros muchos quehaceres, por cerca de dos años escribimos sistemática y periódicamente casi un centenar de columnas de opinión sobre diversos temas, la mayor parte de ellas centradas en el impacto de las tecnologías en la vida diaria de las personas y, particularmente, en su regulación.

Sorprendentemente para nosotros, pese a que la tecnología avanza a pasos agigantados, las leyes lo hacen a paso cansino; de modo que, a pesar de que algunas columnas obedecían a un contexto bastante preciso, las más de las veces los problemas, las lecciones y las sugerencias contenidas, sin ser atemporales, tienen plena vigencia hoy. Basta dar un rápido vistazo a la agenda legislativa y a las iniciativas públicas, gubernamentales y privadas sobre tecnología en curso, para reparar en la actualidad de varias de las columnas.

En general, los artículos aparecen centrados en temáticas relativas a la regulación de Internet, en especial cómo ello puede incentivar y/o poner en riesgos los derechos y libertades esenciales de las personas. Sin embargo, tras el sabio consejo editorial de Paz Peña, hemos procedido a una selección de esa serie de columnas escritas para Terra Magazine –menos de la mitad se incluyen en esta versión impresa– y los hemos agrupado temáticamente, de modo algo rudimentario pero útil para el lector.

La primera parte del texto, Entorno Digital y Democracia, refiere a cuestiones generales de regulación de las tecnologías, para seguir con una pluralidad de temas que inciden en la conformación de Internet como un entorno democrático, tales como nombres de dominio, gobierno electrónico, privacidad y protección de datos, protección al consumidor y cybercrimen. Nos detuvimos pasajeramente sólo en dos de ellos, aquellos que demandan con más urgencia intervención legislativa: protección de datos y delitos informáticos.

Como ONG, hemos privilegiado una perspectiva de los datos personales como un derecho fundamental de las personas concernidas por la información, a diferencia de lo que acontece con la ley chilena actualmente vigente, que reduce el tema a una simple regulación de mercado. Sin embargo, las columnas también refieren al impacto comercial que nuestra precaria legislación ocasiona, mermando las oportunidades de llevar adelante negocios globales, al calificarnos como un país inseguro ante terceros.

En mayo de 2009, el Gobierno chileno introdujo un proyecto de ley que modifica la ley sobre protección de la vida privada, que reglamenta el tratamiento de datos personales entre nosotros. Una iniciativa empujada por intereses comerciales, la aspiración gubernamental de homologar estándares con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (a fin de ser admitidos como miembros en ella) y la huidiza intención de remover obstáculos para la inversión en negocios que supongan el tratamiento de datos acorde estándares de la Unión Europea. El discurso público poco o nada hace eco de los derechos de las personas, moviéndose más bien en aras de obtener “el estándar” al menos costo político.

Cada dos o tres meses algún incidente de cybercrimen recibe una abultada consideración de la prensa, sin embargo, las conductas delictivas son bastante más frecuentes que las apariciones en los medios. La mayor parte de ellas intentan en vano lidiar con una ley que data de 1992, cuando aún ni siquiera Internet arribaba al país. Ello explica la existencia de una enorme y dispersa gama de iniciativas en la materia. Ninguna de ellas capaz de aprehender a cabalidad con el tema; todas movidas según la noticia del día.

La regulación de los delitos informáticos demanda urgentemente agenda legislativa, así como una iniciativa gubernamental con altura de miras capaz de analizar el fenómeno en su conjunto, tanto en la determinación de los delitos como de los mecanismos procesales para pesquisarlos. En uno y otro caso, es crucial garantizar eficacia investigativa y resguardo de los derechos de las personas. En ninguna sociedad democrática la persecución penal se hace a costa de los derechos de todos los ciudadanos; es esencial preservar la proporcionalidad en la intervención penal, lo cual se opone en ciertos casos a la pretensión de legislar para los medios.

La segunda parte del texto refiere al que quizá sea uno de los temas más polémicos de la agenda legislativa: la propiedad intelectual. A diferencia de enfoques pretéritos, en que el asunto era del solo interés de artistas, hoy bibliotecarios y editores, radioemisoras y proveedores de Internet, estudiantes y académicos, usuarios off y on line, entre otros variados y amplios grupos de personas, interesa una ley que, básicamente, define las condiciones de acceso y uso de la información y que incide en el desarrollo del país y de cada persona.

Un primer grupo de los textos alusivos a la propiedad intelectual abordan los desafíos de los derechos de autor para el entorno en línea, pasando revista a posiciones ultra-conservadoras, que apuntan a extender sempiternamente los derechos o sacrificar penalmente a los usuarios, hasta posiciones más progresistas, que abogan por (re)establecer un balance entre el resguardo de los intereses privados envueltos en la regulación y el interés público. Cabe decir que estos temas están presentes en la agenda internacional, en sus distintos niveles, algo más variopintos que el panorama nacional.



Enseguida, consideramos el tratamiento del tema desde una perspectiva algo más local. Aquí hemos enfatizado la incapacidad de aprehender las tecnologías, con el consiguiente riesgo de hipotecar su desarrollo en el país. También hemos acentuado la ausencia de equilibrio en la ley, lo cual compromete los derechos de las personas, desde los propios creadores hasta los simples usuarios. En este sentido, varias de las columnas, escritas en el contexto de un proyecto de ley en discusión en el Congreso -hoy en la última etapa del proceso legislativo- aluden a la necesidad de fomentar el dominio público, adoptar un régimen de excepciones y limitaciones a los derechos de autor, e inclusive considerar la adopción de una norma de usos justos entre nosotros.

Pero no somos ingenuos y no esperamos aguardar a la siguiente modificación legal para desarrollar estrategias que garanticen a toda persona acceso a los progresos de las ciencias, las artes y la tecnología. En este contexto, precisamente el tercer grupo de artículos, refiere a las denominadas prácticas de licenciamiento libre o abierto, de software y de obras, a través de las cuales se procura enfrentar los problemas ocasionados por un derecho de autor excesivamente proteccionista.

Naturalmente, diversos temas de regulación de las tecnologías están ausentes en esta breve selección. Poco o nada decimos acerca de la regulación de los videojuegos, la venta de productos farmacéuticos en línea, ni del largamente pospuesto pero recientemente adoptado estándar para la televisión digital, o el amago de notarios y conservadores en línea. Las excusas para quienes ven omitidos tales temas en esta selección.

Estos artículos no están llamados a servir de parámetro para un libro de texto, sino más bien están concebidos como una breve lectura, una que provoque una pasajera reflexión siquiera acerca de las nuevas y las viejas ventajas y problemas que las tecnologías, e Internet en particular, ocasionan a nuestra existencia; así como el eventual compromiso de los derechos humanos que se ve envuelto en su regulación. Todavía mejor si ellos llegasen a ser un llamado de acción.

*Alberto Cerda Silva & Claudio Ruiz Gallardo*

@ | ONG DERECHOS DIGITALES

## ENTORNO DIGITAL Y DEMOCRACIA

- 15 | ¿Qué queda de la Declaración de Independencia de Internet?
- 17 | Entre lo tecnológicamente factible y lo legalmente inaceptable.
- 19 | Estados Unidos bloquea a Cuba en Internet.
- 21 | IDN, nombres de dominio en español y portugués.
- 23 | ¿Quién debe ser el dueño de un nombre de dominio?
- 25 | Gobierno electrónico municipal, un proyecto para la gente.
- 27 | Acceso a la justicia y automatización judicial.
- 29 | Probidad y transparencia pública en los tiempos de Internet.
- 31 | Transparencia pública y privacidad de la información personal.
- 33 | Privacidad, derechos humanos y comercio internacional.
- 35 | ¿Por qué Latinoamérica no protege la privacidad de sus ciudadanos?
- 37 | Privacidad en venta.
- 39 | Chilenos al desnudo (y por partida doble).
- 41 | Las redes sociales en Internet y la privacidad de sus usuarios.
- 43 | ¿Qué se protege tras la huella digital?
- 45 | Vigilancia y control en el puesto de trabajo.
- 47 | Por la libertad y no el miedo en Internet.
- 49 | Compras de Navidad en línea.
- 51 | Detrás de la prohibición del BlackBerry en India y Francia.
- 53 | ¿Neutralidad de la Red?
- 55 | Portabilidad del número en Latinoamérica.
- 57 | Persecución penal en Internet.
- 59 | ¿Por qué una ley de delitos informáticos?
- 61 | Pornografía infantil, ¿dónde poner el límite?
- 63 | Investigación policial e Internet.

## PERSPECTIVAS SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

- 67 | Políticas públicas para la propiedad intelectual e Internet.
- 69 | La cola larga y la economía de lo gratuito.
- 71 | El futuro de la descarga de música.
- 73 | La monetarización de la piratería.
- 75 | Paulo Coelho es un pirata y aumentan las ventas de sus libros.
- 77 | ¿Por qué los fans de Harry Potter tienen razón?
- 79 | Espiando a los usuarios: la nueva estrategia pro-copyright.
- 81 | Pirámides y vestigios faraónicos bajo copyright.
- 83 | Propiedad intelectual y discapacidad.
- 85 | E-learning y propiedad intelectual.
- 87 | ¿Por qué una excepción para la ingeniería inversa de software?
- 89 | ¿Por qué la ausencia de ingeniería inversa compromete la competitividad de la industria de software latinoamericana?
- 91 | Estándares documentales abiertos y democracia.
- 93 | Regulando la creatividad con leyes del pasado.
- 95 | Los artistas del mañana y el derecho de autor del futuro.
- 97 | Los límites al derecho de autor: la paradoja de los plazos de protección.
- 99 | Más protección para el dominio público.
- 103 | Derechos de autor, academia y bibliotecas.
- 105 | Fair use, fuente de creatividad y prosperidad.
- 107 | El sentido de la libertad en el software libre.
- 109 | Creative Commons o cómo acercarse al derecho de autor del futuro.
- 111 | Google Chrome y los beneficios del código abierto.
- 113 | ¿Por qué Harvard opta por el Acceso Abierto?
- 115 | Software en línea: rompiendo barreras del acceso.
- 117 | Acceso al conocimiento: las limitaciones de las licencias libres.
- 119 | Infracción a las licencias Creative Commons.



PARTE I

# ENTORNO DIGITAL Y DEMOCRACIA



# ¿Qué queda de la Declaración de Independencia de Internet?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 2 de octubre de 2007.

DESDE MEDIADOS DE LA DÉCADA DEL SESENTA, INTERNET FUE CONCEBIDA Y DESARROLLADA como un entorno en red, colaborativo, descentralizado e independiente de infraestructuras determinadas. Un entorno que se extendió por el planeta, rebasando los artificios fronterizos. Un entorno huidizo para cualquier intento de regulación estatal, donde los propios usuarios habían logrado articular normas de conducta y habían diseñado protocolos para sortear dificultades técnicas. Un entorno, por qué no decirlo, que hasta el despuntar de la década de los noventa aún permanecía circunscrito a un disciplinado mundo académico y al servicio público.

En ese contexto, a mediados de los noventa se producen diversos cambios en Internet, de los cuales el más trascendental es quizá la apertura de la red para emprendimientos de carácter comercial. El resto de la década conocería el boom de las punto com, expresión del crecimiento exponencial del empleo de Internet por más y más personas, deseosas de interactuar con otras en línea, de intercambiar información, de realizar transacciones, en fin, de ampliar los horizontes del espacio de interacción social.

Ante tal panorama no era de extrañar que prontamente surgiera el apetito por extender la aplicación de la ley a ese nuevo entorno. El punto de inflexión lo marcó precisamente la adopción, en las postrimerías del Gobierno de Clinton en Estados Unidos, de la denominada “Ley de Decencia de las Comunicaciones”, una legislación que pretendía poner freno a la creciente circulación de contenidos indecentes en las redes, imponiendo sanciones a quienes resultaran responsables y exigiendo la adopción de medidas técnicas y organizativas por los prestadores de servicio y usuarios de Internet para combatir tales contenidos.

En tal contexto, a comienzos de 1996, el activista **John Perry Barlow** formuló su conocida “*Declaración de Independencia de Internet*”, una misiva mediante la cual rechazaba la intromisión de los gobiernos de la época industrial, carentes de métodos apropiados para aprehender el entorno digital, abogando, a su vez, por la libertad y la autorregulación de la red y aun sosteniendo la generación de un nuevo contrato social. La declaración ponía el acento en que Internet y sus usuarios se encuentran más allá del ámbito de ingerencia estatal y rebasan la coacción corporal propia de su poder.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> El documento íntegro está disponible en el sitio web de Electronic Frontier Foundation, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html> (visitado el 16 de junio de 2009).

La cruzada independentista, lejos de parecer radical, lucía razonable: cómo podría el poder estatal pretender dar alcance a un fenómeno transfronterizo y global como Internet, haciendo uso de su vetusto régimen de leyes cuyo efecto quedaba circunscrito a las fronteras. Un percance que sumado al relativo anonimato en la red, a la ausencia de autoridades centrales y a la precariedad de medios de control específicos, ponían en entredicho no sólo las capacidades, sino el sentido mismo del Estado – Nación.

La Ley de Decencia de las Comunicaciones fue posteriormente declarada inconstitucional por la Corte Suprema de Estados Unidos; sin embargo, ello no supuso el cese del afán estatal por reglamentar Internet. Antes al contrario, en lo que resta de la década del noventa y comienzos del nuevo milenio diversas iniciativas han pretendido reglamentar el funcionamiento de la Red. Así nos encontramos con leyes sobre firmas y documentos electrónicos, cyberdelitos, protección del consumidor on line, y adecuaciones de las leyes sobre copyright o derechos de autor al entorno en línea, entre otras. Los Estados parecen no dar tregua en su afán por controlar Internet.

Sin embargo, más allá de la romántica pretensión independentista de **Perry Barlow**, más allá de la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia de las Comunicaciones y del mayor o menor acierto de los demás experimentos normativos estatales, aún queda en entredicho si realmente el Estado está en condiciones de controlar efectivamente cuanto acontece en Internet. Todavía el enfoque legal parece provinciano ante un fenómeno global y las herramientas jurídicas tradicionales parecen resabios paleolíticos inapropiados para aprehender cuánto acontece en la sociedad de la información. Mientras se intenten soluciones locales para problemas globales, desde lo jurídico, la independencia de Internet parecerá tener bastante sentido.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Con posterioridad he tenido la ocasión de revisar el acucioso texto de Jack Goldsmith y Tim Wu, "Who Controls the Internet. Illusion of a Borderless World", Oxford University Press, 2006, en el que los autores consideran la reconstrucción del poder estatal sobre la base del propio desarrollo tecnológico de Internet.



# Entre lo tecnológicamente factible y lo legalmente inaceptable.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 29 de agosto de 2008.

UN SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE CORREO ELECTRÓNICO QUE PERMITE AL ADMINISTRADOR almacenar y acceder a los correos de todos los usuarios de la institución para la cual trabaja; un sistema de registro de audio que es capaz de grabar la conversación que transcurre al interior de un hogar, sin ser detectado; un software que permite romper el sistema de zonificación o regionalización de un DVD y usarlo sin restricciones. En todos estos casos, la tecnología permite eventualmente sobrepasar los derechos de alguien. *¿Significa esto que los derechos han sido derogados por la tecnología?*

La discusión en torno a cuál es al límite de la tecnología ha cobrado particular relevancia con el exponencial desarrollo que ella ha tenido en los últimos años. Día a día somos maravillados con nuevos inventos y creaciones que no sólo mejoran nuestra cotidianeidad, sino que también traen aparejados nuevos riesgos. Uno de estos peligros es el inapropiado uso de las tecnologías, menoscabando los derechos de las personas, tales como su privacidad, la inviolabilidad del hogar y las comunicaciones, o la propiedad intelectual sobre sus creaciones.

Pero esta discusión no es nueva, en verdad no es sino el permanente desafío del derecho: regular la conducta social. Desafío que es renovado continuamente por el desarrollo social, económico, político y tecnológico. Ya en el pasado el derecho ha debido hacerse cargo de la regulación de la tecnología: las normas sobre tráfico automotriz y aéreo, las disposiciones concernientes a la tenencia y porte de armas de fuego, y las leyes sobre uso de la energía nuclear, son ejemplos de ello. En todos estos casos, el derecho ha ido a la zaga de la tecnología, tratando de disciplinarla para admitir su desarrollo en términos que no impliquen el menoscabo de los derechos de las personas u otros intereses socialmente relevantes dignos de protección.

Por lo general, el derecho rehúsa calificar una tecnología en sí misma como lícita o ilícita, y se ocupa más bien de las conductas de las personas, con independencia de la tecnología que éstas emplean. Es lo que se conoce como un enfoque tecnológicamente neutro. Esto resulta particularmente efectivo con respecto a aquellas tecnologías que no suscitan problemas legales, o bien ellos resultan marginales, tal como un dispositivo de visualización de documentos, o un reproductor de archivos de audio.

Cuando las tecnologías tienen un mayor poder de afectación el derecho intenta reglamentar su empleo. Por ejemplo, aceptando su uso bajo determinadas circunstancias, como cuando admite la interceptación de las comunicaciones en una investigación criminal, o permite conducir con un determinado límite de velocidad. *¿Qué pasa cuándo el uso de la tecnología sobrepasa esos límites legales?* Cuando se hace un empleo de las tecnologías que infringe la ley, o bien afecta los derechos de las personas, el infractor debe asumir su responsabilidad.

Confundir el examen de viabilidad tecnológica con el examen de aceptabilidad legal conduce a resultados equívocos. Hace suponer que es posible fisgonear los correos electrónicos de otros, sólo porque se dispone de herramientas técnicas para llevar tal maniobra a cabo, cuando ello resulta tan repulsivo al derecho como conducir a exceso de velocidad. Que algo sea tecnológicamente factible no importa que sea jurídicamente aceptable, lo será sólo cuando la valoración social de su utilidad aliente su aceptación normativa.

# Estados Unidos bloquea a Cuba en Internet.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 11 de abril de 2008.

MÁS DE 500 EMPRESAS CUBANAS O INTERNACIONALES CON VINCULACIONES CON TAL PAÍS han sido afectadas por bloqueos de más de 3 mil sitios web “.com”, en el marco de la aplicación de las leyes norteamericanas de embargo a Cuba. Entre las páginas bloqueadas se incluyen empresas de Brasil, Canadá, España, Francia, Italia, Japón, México y Panamá.<sup>3</sup>

Independientemente de la mayor o menor eficacia que una medida como la mencionada pueda encerrar, ella pone de manifiesto ciertos problemas aún sin resolver, o sólo resueltos a medias, en relación con Internet y su funcionamiento, tales como la posibilidad de adoptar medidas disciplinarias en un país respecto del funcionamiento de un fenómeno global como Internet y, de otro lado, cómo afecta una medida como la señalada nuestras libertades ciudadanas. Veamos brevemente ambos puntos.

Lo primero que salta a la vista es que la medida propuesta habría sido adoptada por autoridades de Estados Unidos, conforme las normas de tal país; no obstante ello, la medida se aplica respecto de empresas alojadas bajo el “.com” independientemente de su Estado de origen. Pasando por alto que al momento de adquirir el respectivo nombre de dominio las empresas afectadas hayan aceptado someterse a las leyes y autoridades estadounidenses, cabe preguntarse si ello faculta legítimamente a Estados Unidos para adoptar una medida similar.

Este caso pone en evidencia los problemas de la regulación de un fenómeno transfronterizo como Internet: con leyes de carácter local se pretende imponer globalmente un determinado criterio de justicia, en este caso el estadounidense. En tanto no se disponga de una legislación uniforme para el funcionamiento de la Red, se corre el riesgo de que finalmente impere la ley de quien dispone de medios para hacerse valer, la ley del más fuerte –salvo cláusula contractual, aun cuando ésta a veces no sea sino la expresión formal de la mencionada ley del más fuerte–.

Pero, al mismo tiempo, es importante considerar el alcance de la medida. Usualmente se alega que Internet es independiente de un gobierno determinado, lo cual brinda a ella una enorme ventaja respecto de otros medios de comunicación. En especial se sostiene

<sup>3</sup> Los hechos fueron reportados por diversos medios de prensa electrónica durante el primer semestre del 2008.

que la estructura técnica que gobierna Internet no depende de ningún gobierno. *¿Qué similitud guarda este bloqueo con aquel que implementa el gobierno chino respecto de sitios web adversos a su política? ¿Cuál es el alcance de una medida de bloqueo como la adoptada por Estados Unidos? ¿El bloqueo de páginas web sólo se extiende a las visitas que tienen lugar desde territorio americano o a todo el planeta?*

Cualquiera fuesen las respuestas a las preguntas anteriores, el bloqueo pone en entredicho la presunta independencia de Internet respecto de gobierno determinado y, de paso, pone a quien implementa tal medida, en el justo lugar que corresponde a quien adopta prácticas totalitarias que ponen censura a la libertad de expresión y la libertad de prensa. Y esto nos lleva precisamente al segundo punto: cómo resiente esta medida nuestras libertades.

El tradicional bloqueo analógico afecta el abastecimiento de Cuba y sus habitantes, al tiempo que merma la posibilidad de emprender negocios en y con la isla. Este bloqueo va en la misma línea, pero el número de afectados es mayor, precisamente por recaer en una infraestructura global como es Internet: afecta nuestras libertades como usuarios, no sólo porque a algunos les impide concretar la libertad de emprendimiento, sino, y fundamentalmente, porque a los más nos anuncia la pesquisa y bloqueo de la libertad de pensamiento y de expresión. El día de mañana, no sólo las páginas web de empresas que emprenden negocios con la isla corren la suerte de ser bloqueadas, sino que también la de quienes emprenden ayuda humanitaria, intercambio cultural y otras actividades con ella. Si ya se ha bloqueado a unos, cuanto más importa bloquear a otros.

El bloqueo de nombres de dominio amenaza todo vestigio de soberanía estatal, pero peor aún, bajo el recuerdo de prácticas totalitarias, se ve menoscabada la dignidad y los derechos fundamentales de las personas. Con ello, se resquebrajan los cimientos mismos de un ideario democrático.

# IDN, nombres de dominio en español y portugués.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 26 de septiembre de 2008.

TODO QUIEN HA INTENTADO OBTENER UN NOMBRE DE DOMINIO QUE EMPLEA LA LETRA EÑE, seguramente se ha encontrado con un rotundo no por respuesta. El sistema de identificación de recursos en Internet no fue diseñado para soportar otros caracteres (letras y números) que los empleados en inglés. Así, localizarse en la web implica, cuando menos en ciertas ocasiones, sacrificar signos idiomáticos del español y portugués.

Sin embargo, la solución ha llegado hace algún tiempo, la llamada Internacionalización de los Nombres de Dominio (IDN). Se trata de un estándar técnico que permite la incorporación en los nombres de dominio de caracteres tales como “ç” y “ñ”, así como signos de acentuación y diéresis.

En Latinoamérica, IDN ya ha sido adoptado por Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Venezuela. En septiembre del 2008 se ha estrenado también en Argentina. En estos países, la adopción del sistema facilita la apropiada identificación de los usuarios en Internet. Así con ciudades como Río de Janeiro, Viña del Mar o Córdoba, tal como con quienes comercializan buñuelos o vino, o los numerosos **González** que deambulan por estas tierras.

Los nombres de dominio no sólo permiten la localización de recursos en Internet, sino también la individualización de ellos, especialmente si tomamos en consideración el carácter esencialmente nemotécnico de Internet. Desde tal perspectiva, IDN mejora el acceso intuitivo de nuestros usuarios a servicios en línea de diversos municipios, o de nuestros clientes a los bienes o servicios que ofertamos.

Pero no sólo el comercio y gobierno electrónicos encuentran una ventaja en IDN, sino también el derecho a la identidad y a una mejor individualización de las personas en Internet. Desde este punto de vista, la incorporación de IDN contribuye al enriquecimiento de nuestra identidad cultural, en cuanto comunidad hispano parlante, así como de nuestros pueblos originarios, pues IDN permite que los nombres de dominio guarden plena correspondencia con nuestra pluralidad de identidades lingüísticas.

Bienvenido pues IDN en Latinoamérica, ya que la adecuada identificación en Internet incrementa la competitividad, mejora el acceso a los recursos en web y enriquece nuestra identidad cultural. ¡Ya sólo nos resta competir por los contenidos!



# ¿Quién debe ser el dueño de un nombre de dominio?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 28 de abril de 2008, bajo el título “La legitimidad de la propiedad de nombres de dominio”.

HACE UNOS DÍAS, EL NOMBRE DE DOMINIO SALVADORALLENDE.CL FUE OBJETO DE UNA ardua controversia. El nombre evoca al Presidente chileno que fuera derrocado a comienzos de los setenta por una Junta Militar, poniendo fin a la democracia en Chile por poco más de diecisiete años. El nombre de dominio estaba asociado a una web que administraba la Fundación del mismo nombre, la que trabaja en la preservación de la memoria histórica del mandatario. Sin embargo, la Fundación olvidó pagar la tarifa para obtener la renovación del mencionado nombre de dominio, a raíz de lo cual lo perdió, y lo hizo suyo, previo pago, un tercero, el cual decidió asociar el nombre de dominio a la figura de **Augusto Pinochet**, precisamente quien derrocara en su día a **Salvador Allende**.<sup>4</sup>

El caso es muy interesante, porque trae a colación varios temas que se vinculan con los nombres de dominio, de los cuales quisiera detenerme en el de quien debe ser el legítimo dueño –o titular, si se prefiere– de un nombre de dominio cualquiera. Pero antes, *¿qué es un nombre de dominio?*

Por largo tiempo, para ubicar una fuente en la Red era necesario conocer exactamente su número IP, el número que permite establecer con quien se quiere sostener una comunicación. Con el tiempo, administrar un sistema numérico se hizo intolerable y se decidió que lo mejor era asociar un nombre cualquiera con el número en que se ubicaba la fuente requerida. Pongamos, por ejemplo, asociar terra.com.br con un dígito tal como 145.23.05.165. Esto hace más sencilla la labor de los usuarios al navegar por la Red. El sistema de nombres de dominio está concebido como una secuencia alfanumérica que permite la localización de un recurso en Internet.

Al mismo tiempo que se modificaban los protocolos de Internet para permitir la localización de recursos a partir de un nombre de dominio, progresivamente se producía la apertura comercial de Internet; las empresas deseaban tener presencia en la red y aprovechar sus ventajas para ofrecer sus servicios o productos. En tales circunstancias era natural que estas empresas procurasen disponer de nombres de dominio que se asociaran fácilmente con su propio nombre empresarial o con el de los bienes y servicios por ellas ofrecidos. Así, por ejemplo, era razonable suponer que Apple Inc. fuese el titular de Mac.com para ofrecer su línea de productos Macintosh.

<sup>4</sup> Los hechos acaecieron durante los primeros meses del 2008 y tuvieron una amplia cobertura en la prensa nacional. Hoy, el nombre se encuentra inscrito nuevamente a nombre de la Fundación Salvador Allende.

La posibilidad de asociar un establecimiento comercial, bien o servicio con un nombre de dominio hizo suponer que en verdad tras estos localizadores nos encontrábamos con verdaderas expresiones marcarias; el razonamiento era que las marcas comerciales tenían presencia en Internet y se reflejaban en los nombres de dominio. Por consiguiente, era natural que los conflictos que se suscitarán entre personas respecto de quien debía ser el legítimo titular de un nombre de dominio se solucionaran privilegiando a aquel que, además, era dueño de la marca comercial. Así pues, se tejió una relación inequívoca entre marcas comerciales y nombres de dominio.

Sin embargo, la presunta relación sinonímica entre marcas y nombres de dominio no era tal. Los fines, la reglamentación y la titularidad, entre otros elementos de comparación, son determinantes para concluir que la relación entre ambas a lo sumo implica una superposición de intereses. Los nombres de dominio pueden reflejar marcas comerciales, pero también pueden reflejar intereses distintos –como sucede en el caso de salvadorallende.cl– que no dicen relación con intereses marcarios, ni comerciales, sino con el derecho a la identidad y el derechos de asociación, o la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, entre otros.

No obstante, aún persiste en muchos la suposición de que la normativa sobre marcas gobierna la resolución de los conflictos de nombres de dominio, obviándose con ello la relevancia de otros intereses jurídicamente relevantes. Entre quienes adscriben a esta postura, el legítimo titular de un nombre de dominio debe ser quien es titular de un derecho de marcas sobre una expresión similar.

Por fortuna, la posición marcaria no goza de respaldo unánime, y desde hace algún tiempo suscita controversias que dan cabida a otros intereses. Así lo prueba manifestamente el caso de “mocosoft.com”, un sitio web que junto con denostar a una conocida marca comercial, permite descargar software y material pornográfico en línea, no obstante lo cual, en su oportunidad, un panel arbitral de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, entendió que ello no implicaba una infracción a la propiedad intelectual de la conocida compañía de software, rechazando la demanda intentada por ésta.

En el caso de salvadorallende.cl, que hoy se encuentra en medio de un procedimiento destinado a resolver quién será su legítimo titular,<sup>5</sup> es ostensible la ausencia de intereses marcarios en conflicto. Naturalmente, el caso no podrá ser resuelto recurriendo a referentes de la propiedad intelectual, sino a otros criterios orientadores para establecer quien tiene un mejor derecho a ser titular del nombre de dominio en cuestión: la Fundación que lleva su nombre, o un tercero que hace uso de él para hacer patente sus diferencias con el ex mandatario.

<sup>5</sup> Véase la nota anterior.



# Gobierno electrónico municipal, un proyecto para la gente.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 19 de septiembre de 2008.

EL GOBIERNO LOCAL ES EL MÁS CERCANO A LA GENTE. ESA CERCANÍA DERIVA NO SÓLO DEL hecho que las personas se encuentran más a su alcance, sino de las importantes labores que son de su responsabilidad. Probablemente, cada vez que usted o algún miembro de su familia necesita servicios de salud o educación pública, acude a su ayuntamiento, municipio o municipalidad; es tal vez el lugar al cual concurre para gestionar servicios de aseo y ornato en su comunidad, e inclusive prestaciones sociales básicas. El gobierno local es inequívocamente el más cercano a las personas.

Internet acerca la gestión municipal a la gente. Precisamente, la necesidad de disponer de una relación más estrecha y en todo momento con el gobierno local alienta el desarrollo de experiencias de gobierno electrónico en él. Hoy por hoy, es esencial que los vecinos puedan solicitar información, y aun gestionar servicios, desde todo lugar y a toda hora, independientemente de donde se encuentren emplazadas las oficinas públicas y de los siempre limitados horarios de atención.

De forma desafortunada, no todos los municipios han llevado adelante el gobierno electrónico. Según un reciente estudio, en Chile, uno de los países de la región con mayor índice de conectividad, un 28% de los municipios no tiene sitio web, y un 40% de ellos emplea cuentas de correo electrónico del tipo Yahoo! y Gmail para sustentar sus comunicaciones con la ciudadanía.<sup>6</sup> Los altos costos de implementación versus los siempre exiguos recursos comunales, la falta de liderazgo político en la materia a nivel local y la ausencia de capacidades técnicas son, entre otros, factores que condicionan el desarrollo del gobierno electrónico local.

De ahí la urgencia de que la modernización de la gestión local, y particularmente la incorporación de los municipios a la experiencia de gobierno electrónico, sea alentada por los gobiernos nacionales. Algo que precisamente viene a hacer la iniciativa Ventanilla de Trámites Municipales, también del Gobierno de Chile, cuyo fin es modernizar la gestión municipal, a través de la implementación de una ventanilla de trámites soportada por una plataforma tecnológica, que permita el procesamiento centralizado y estandarizado de trá-

<sup>6</sup> El estudio más actualizado con indicadores de penetración de la tecnología en la labor de los municipios disponible on line es el "Índice de Digitalización Municipal 2008", disponible en el sitio web de Estrategia Digital, <http://www.estrategiadigital.gob.cl/node/389> (Septiembre 2009).

mites municipales. La iniciativa progresivamente ha pasado de 26 municipios conectados a comienzos del 2008, para llegar, en una segunda etapa, a 100 municipalidades en línea, a finales del 2009.

Por supuesto, una iniciativa como la recién descrita no es sencilla, pues debe lidiar con las prácticas y competencias locales, con el apoyo de otros servicios públicos implicados, con la falta de estandarización de los procedimientos, entre otros factores críticos. Sin embargo, emprender la tarea es esencial. Modernizar el gobierno, desarrollar gobierno electrónico, debe ir en directo apoyo de la gente, en el lugar en que les resulta cercano, en su ayuntamiento o municipio.

# Acceso a la justicia y automatización judicial.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 8 de marzo de 2008, bajo el título "Nuevas tecnologías para acceder a la justicia".

DESDE TIEMPOS INMEMORIALES EN LA HISTORIA DE LA HUMANIDAD, LAS PERSONAS EN conflicto han debido recurrir a la ayuda de terceros para la solución de sus diferencias; ese es hoy el sentido de los tribunales de justicia. Sin embargo, no siempre todos los interesados disponen de las capacidades personales ni conocimientos para lograr el convencimiento de los jueces, y es ahí donde entra la labor de los abogados.

Para muchos el derecho de acceso a la justicia dice relación con esa posibilidad de acceder a un tribunal con la asistencia de un letrado. Sin embargo, el acceso a la justicia, y con ello la tutela efectiva a los derechos y libertades públicas, requieren de más y mejores medidas, tales como la adecuada promoción y difusión de los derechos de las personas, una asesoría y asistencia legal extendida, la oferta de medios de resolución alternativo de controversias, entre otras. Una de tales medidas dice relación precisamente con la automatización judicial.

En efecto, la incorporación de las nuevas tecnologías en la labor judicial no sólo mejora la gestión interna de los tribunales, sino que también ofrece diversos beneficios para los interesados, la comunidad y la sociedad, en general. Por ejemplo, para los usuarios porque facilita el acceso a información relativa a sus causas, pero también permite formular solicitudes a través de Internet; para la comunidad, porque la automatización judicial permite mejorar la eficiencia de los tribunales, y eventualmente la transparencia y probidad judicial; para la sociedad en general, porque contribuye a legitimar la acción del Estado.

Lamentablemente, la automatización judicial no ha tenido lugar en todos los Estados, ni en el mismo énfasis ni con los mismos resultados. En muchos de nuestros países, aún los tribunales se las arreglan con legajos de papel, y tramitar una causa rememora los sinsabores de la obra kafkiana: un proceso sin sentido, intrincado, sin transparencia y corrompible. No obstante, algunos países han aprovechado coyunturas u oportunidades precisas para avanzar en esta materia. Así, por ejemplo, el incendio de ciertos juzgados del trabajo obligó a su modernización, en Brasil; mientras, en Chile, los tribunales progresivamente han incorporado tecnologías en el contexto de las reformas procesales que tienen lugar en el Poder Judicial.

Más sistemática ha sido la experiencia de las Cortes Federales en Estados Unidos, que ya hace un buen número de años disponen de un sistema que permite a los funcionarios judiciales, a las partes, sus abogados y cualquier interesado, interactuar a través de Internet, requerir información y formular solicitudes. En los hechos, estos juzgados hoy no tienen ese abarrotamiento de público tan usual en la mayor parte de los países, pero además han logrado mejorar el acceso de las personas a los tribunales, independientemente de su domicilio, horarios, e inclusive el tipo de software empleado por los usuarios.

Por su parte, en el caso de Colombia, si bien ha existido algún intento por cambiar la lógica analógica por la digital –tengo la fortuna de conocer al Juez que intentó la tramitación de una causa en formato electrónico, aun cuando ha debido sufrir los costos de su osadía–, el mes recién pasado se ha optado por iniciar la discusión de una ley específica sobre automatización de los procedimientos judiciales, aun cuando ya se dispone de una ley de firmas y documentos electrónicos, y hasta alguna referencia en su normativa procesal al respecto.<sup>7</sup>

Como quiera que fuese, en cada país el proceso ha revestido inicios y progresos diversos, unos han avanzado más y mejor que otros, pero, en general, es un desafío generalizado en los países de la región el avanzar en la automatización de los tribunales, no sólo porque ellos mejora la eficacia y eficiencia de los siempre escasos recursos judiciales, sino también porque las tecnologías puede contribuir significativamente a mejorar el acceso a la justicia y la percepción ciudadana sobre la labor de la judicatura.

<sup>7</sup> La iniciativa de ley aludida fue presentada a tramitación parlamentaria durante el mes de febrero de 2008.

# Probidad y transparencia pública en los tiempos de Internet.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 8 de julio de 2008, bajo el título "Transparencia en la gestión pública en tiempos de Internet".

CORRUPCIÓN PÚBLICA, DEFRAUDACIÓN FUNCIONARIA, INCOMPATIBILIDAD DE INTERESES y abandono de servicio, son algunas de las muchas expresiones usuales para aludir al inadecuado desempeño de las funciones públicas, frecuentemente seguidas de pérdidas de recursos fiscales y un serio deterioro de la imagen pública de nuestras instituciones. *¿Puede, de algún modo, Internet ayudar a prevenir tal situación?*

Internet permite la conexión a toda hora y en todo lugar. Internet constituye una red descentralizada de computadores que permite compartir información, prescindiendo del hecho que las comunicaciones entre sus usuarios se verifiquen en un mismo momento y lugar. De esta forma, no es necesario acudir a una repartición pública en horarios de atención de público, tampoco es necesario desplazarse desde la selva amazónica o la estepa patagónica para acceder a información suministrada por nuestro Gobierno.

Internet puede ser un tremendo aliado en la búsqueda de la transparencia y probidad de la función pública. En ese sentido, cuando Chile y Colombia implementan sistemas de compras públicas a través de Internet, no sólo están facilitando la relación del sector público con sus proveedores de bienes y servicios, también están permitiendo un cierto nivel de control ciudadano sobre qué, cómo, a quién y en qué condiciones se están realizando compras por el Estado. Al mismo tiempo, cuando los juzgados de Brasil y Estados Unidos avanzan en la adopción de sistemas de litigación y/o tramitación de causas en línea, no sólo están mejorando la atención de los interesados en un juicio, sino que también están permitiendo el control ciudadano sobre las actuaciones de los jueces.

El progresivo incremento de usuarios de Internet permite conferir a ellos un rol más protagónico en la fiscalización ciudadana de los actos del Estado, en la transparencia pública. Pero para ello es necesario que este último se muestre, se haga accesible a través de la Red, e interactúe en línea. Si los servicios públicos se limitan a publicar información de sus autoridades y horarios de atención poco contribuirán a hacer de Internet un medio para optimizar la transparencia y probidad pública.

En este último sentido, el gobierno chileno anticipó hace ya bastantes años una iniciativa para modernizar los servicios registrales, de notarios y conservadores. La iniciativa aseguraba que mejoraría la eficacia de tales servicios, junto con mejorar el control sobre sus actuaciones. Sin embargo, mientras la iniciativa duerma el sueño de los justos, impide avanzar en la transparencia pública de esos servicios.<sup>8</sup>

La relación entre tecnologías y transparencia pública ha sido también acentuada a nivel internacional. Recientemente, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, que aglutina a las principales economías del mundo, ha adoptado recomendaciones específicas sobre la materia para sus países miembros.<sup>9</sup> En ellas se insiste en la estrecha relación que las tecnologías de la información pueden tener con la transparencia pública, pues al permitir acceso continuo a los actos del sector público facilitan el control que la ciudadanía puede ejercer sobre sus autoridades.

Posponer la migración de la actividad estatal desde el entorno analógico al entorno en línea, no sólo compromete el gobierno electrónico, como una medida para mejorar la eficacia y eficiencia de los servicios públicos, sino que también entorpece el control sobre la actividad de los organismos públicos y, con ello, compromete la transparencia y probidad pública. Por supuesto, Internet no es la solución, es sólo un aporte en tal proceso.

<sup>8</sup> A pesar de haberse comprometido reiteradamente en los mensajes presidenciales de la mandataria, el proyecto fue presentado y abandonado, sin registrar avance alguno a la fecha del artículo, ni a junio del 2009.

<sup>9</sup> Se refiere al documento "Recommendation of the OECD Council for enhanced access and more effective use of public sector information", adoptadas por el Consejo de la organización el 30 de abril de 2008.

# Transparencia pública y privacidad de la información personal.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 23 de septiembre de 2008.

AÑOS ATRÁS, UN HOSPITAL DE LA CIUDAD FINLANDESA DE ROVANIEMI DECIDIÓ PONER EN Internet el nombre de una persona ingresada por cuidados mentales; el hospital consideraba que la medida era parte de su obligación de transparencia pública. A mediados de este año, el gobierno italiano publicó en Internet las declaraciones de la renta de todos los italianos; tanto la autoridad tributaria, como el Secretario de Economía, respaldaron la decisión como un hecho de transparencia y democracia. *¿Cuál sería su reacción, de ser usted el afectado?*

Ambos casos ponen en evidencia la conflictiva relación que se produce entre las exigencias de transparencia pública y las propias de la privacidad que merece la información de las personas. Mientras la transparencia insta a las autoridades públicas a develar sus decisiones, información y antecedentes de que disponen, la protección de los datos les insta a resguardar la información de las personas, a fin de evitar que éstas vean menoscabada su vida privada y sean eventualmente víctimas de actos de discriminación arbitraria.

El dilema no es de fácil solución. Bien lo saben las autoridades comunitarias europeas. Cuando el Defensor del Pueblo de la Unión Europea ha requerido información acerca de concursos para cargos profesionales y prácticas remuneradas al Parlamento Europeo, éste ha declinado cumplir con su obligación de transparencia pública, escudándose en la obligación de proteger la información personal de los candidatos.

Recientemente, Chile ha decidido enfrentar el tema. La nueva ley de acceso a la información pública ha creado un organismo especial que entrará próximamente en funciones, el Consejo para la Transparencia. Esta entidad se encargará no sólo de velar por la publicidad de la información de la administración estatal, sino también porque ésta cumpla a cabalidad las leyes sobre protección de la vida privada, que regulan el tratamiento de la información personal.<sup>10</sup>

De acuerdo a la mencionada ley, los organismos públicos deberán poner a disposición del público, a través de sus sitios electrónicos, una amplia gama de antecedentes. Sin

<sup>10</sup> Se refiere a la Ley 20.285 sobre acceso a la información pública, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2008 y que ha entrado en vigencia en abril de 2009.

embargo, no podrán revelar datos sensibles que se refieran a las características físicas o morales de las personas, a hechos de su vida privada, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

Probablemente, de cumplirse la ley, los chilenos no corran cuando menos el riesgo de los habitantes de Rovaniemi. *¿Pero que hay de otros datos, tal como el nivel de ingresos de un funcionario público?* Precisamente esta última ha sido una de las medidas adoptadas por la mandataria de tal país hace un par de años, lo que ocasionó más de algún malestar a los servidores públicos y dolor de cabeza a la propia autoridad.

Difícil tarea la del Consejo para la Transparencia: abrirse paso entre la publicidad de la información, por las mañanas, y la protección de la privacidad, por las tardes. No sea que termine como el perro guardián **Ortro**, muerto en manos de **Heracles**, en su fallido intento por cumplir con su tan desmesurada tarea.



# Privacidad, derechos humanos y comercio internacional.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 12 de junio de 2007.

EN PLENA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN, LA EMPRESA EN RED REQUIERE ARTICULAR grandes caudales de datos. Indicadores económicos, suministros con proveedores, requerimientos de servicio de sus usuarios, stocks e inventarios. Información fidedigna y oportuna reducirá los riesgos, permitiendo una acertada toma de decisiones y la obtención de ventajas comparativas respecto de la competencia. De ahí la necesidad de invertir en el acceso y procesamiento a bancos de información, así como en la adopción de medidas de protección tecnológica y legal a ella.

De la variada gama de datos a los cuales la actividad económica echa mano, algunos corresponden a información nominativa relativa a personas físicas determinadas o determinables; listas de correo electrónico, registros de personal, reportes comerciales de clientes, banco de datos de eventuales ejecutivos, historial crediticio de suscriptores. Se trata de datos personales, usualmente procesados en ingentes cantidades tanto por entidades del sector privado como por organismos públicos mediante el apoyo de sofisticados sistemas de información.

Pero junto a las ventajas que reporta el tratamiento de los datos personales también se ciernen ciertos riesgos. El tratamiento indebido de datos que nos conciernen puede provocar perniciosos efectos en nuestra vida diaria, desde la inundación de spam en nuestro administrador de correo electrónico, hasta la adopción de decisiones que contravienen nuestros derechos más elementales: la vida privada, la honra, la libertad de expresión, el derecho a emprender actividades empresariales, la libertad de conciencia, por mencionar sólo algunos.

Es precisamente a raíz de los riesgos que el procesamiento de los datos personales supone para los derechos de las personas, en especial cuando se lleva a cabo a través del uso de las nuevas tecnologías, que desde los años setenta diversos países han adoptado leyes para reglamentar el tratamiento de tal información, reconociendo derechos a las personas e imponiendo obligaciones a las entidades que hacen uso de los datos. Estados Unidos, Alemania y Suecia dieron los primeros pasos en un proceso que hoy alcanza a la totalidad de los países desarrollados.

En cambio, los países de la comunidad latinoamericana, sumergidos durante años en gobiernos con escaso celo por resguardar los derechos fundamentales, con un precario desarrollo tecnológico, o simplemente inconscientes de la magnitud del tema, poco o nada han avanzado en la adopción de un adecuado nivel de protección a los derechos de las personas concernidas por la información.

Como consecuencia de lo descrito, de cara a estándares de protección como los alentados por la Unión Europea, hoy la mayor parte de nuestros Estados califican como países no seguros, incapaces de brindar una apropiada protección a la información personal, levantándose trabas que obstaculizan la exportación de datos hacia ellos. Así, por ejemplo, se impide o entorpece la recepción de información personal para el óptimo funcionamiento de centros de llamados, de atención al público, de almacenamiento o procesamiento de datos que prestan servicios desde Latinoamérica a Europa.

A la fecha, el único país de la región que ha sido calificado como “seguro” por la Unión Europea ha sido Argentina: sus estándares de protección satisfarían las elevadas normas comunitarias. Mientras, México y Perú parecen acercarse al estándar alentado por Estados Unidos entre las economías de Asia Pacífico; Chile se debate entre acogerse a éste o al comprometido en el Acuerdo de Cooperación Económica suscrito con la Unión Europea<sup>11</sup>; y, por su parte, Uruguay se aproxima ostensiblemente a este último. Otros han comenzado a legislar, pero aún varios ni siquiera visualizan el tema en sus horizontes.

La deficiente protección a los derechos de las personas en relación a su información personal, en especial a su privacidad, comienza pues a suscitar alteraciones en el funcionamiento de los mercados, en el comercio internacional, entorpeciendo el flujo de bienes, capitales, servicios y aún de las personas mismas. En una frase, reduce la competitividad de la región.

El variopinto panorama latinoamericano en materia de protección de los datos personales es ostensible. Ninguno de sus organismos regionales, ni de las coaliciones comerciales habidas en su interior, han avanzado en la construcción de un entorno seguro, ni para las personas ni para el mercado. Tampoco se observan esfuerzos bilaterales al respecto. Y, de no mediar un cambio, quienes pagarán el precio de ello no serán quienes residen allende el océano, sino quienes habitan dentro de sus propias fronteras.

<sup>11</sup> Actualmente se debate en el Congreso un proyecto de ley presentado por el Gobierno, a través del cual se pretende introducir modificaciones a las leyes que reglamentan el tratamiento de datos personales y la transparencia pública, a efectos de alcanzar el nivel de protección alentado por la Unión Europea en estas materias.

# ¿Por qué Latinoamérica no protege la privacidad de sus ciudadanos?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 22 de abril de 2008, bajo el título “La falta de privacidad individual frente a las nuevas tecnologías”.

AÑOS ATRÁS LEÍA CÓMO, A RAÍZ DE LAS POLÍTICAS ORIENTADAS A INCREMENTAR LA seguridad de sus fronteras con motivo del atentado del 11 de septiembre de 2001 a las Torres Gemelas, el Pentágono presentaba al Congreso de los Estados Unidos su proyecto para crear un sistema de vigilancia por computadora que le daría acceso a registros oficiales y comerciales de todo el mundo. El sistema fue posteriormente prohibido por el Congreso, al menos para su uso contra ciudadanos estadounidenses, no así para aquellos provenientes de terceros países.

Meses después, la prensa comentaba de la adquisición de enormes volúmenes de información comercial por organismos de defensa estadounidenses en países de la región, incluido Argentina, Chile y Perú, entre otros. Por supuesto, no hubo reacción de ninguno de los Estados implicados respecto del asunto; después de todo no se trataba más que de información relativa al comportamiento comercial –y por ende, público– de las personas, nada que eventualmente afectará a estas mismas personas –cuando menos en teoría–.

Esta situación pone en evidencia que Latinoamérica no ha sido eficaz, ni eficiente, a la hora de salvaguardar la privacidad de sus ciudadanos. Los escasos esfuerzos legislativos ponen de manifiesto resultados insatisfactorios; mientras algunos países se contentan con aplicar las viejas leyes concernientes a la protección de la vida privada al entorno digital, con resultados irrisorios, otros han emprendido la labor legislativa con paupérrimos logros.

Chile y Colombia, con la declarada pretensión de adoptar leyes para proteger a las personas, en especial ante la violación de su privacidad por medios automatizados, apenas si lograron ligeramente regular el mercado de tratamiento de la información personal; de este modo, el centro de gravedad de su sistema no está en la protección de la privacidad de las personas, sino en la libertad de emprendimiento de un giro comercial específico, el de empresa tratadora de datos.

Por su parte, Uruguay y Argentina, apenas si han avanzado algo más. Si bien disponen de una legislación especial, su menguada institucionalidad no permite soportar las exigencias de una adecuada protección de las personas frente al tratamiento de la información personal que les concierne, viéndose así sobrepasadas y dejando en la vera del camino la suerte de aquellos a quienes se pretende proteger.

Por supuesto, los logros de aquellos países deben ser valorados –pero en caso alguno sobredimensionados–, en un entorno en el cual prevalecen la indolencia y desenfado en lo material.

Pero, *¿qué es lo que provoca la falta de compromiso de los gobiernos de la región con el debido resguardo de la privacidad de las personas?* Intentar una respuesta resulta difícil: la precaria incorporación de tecnologías aún no ha puesto en relevancia los riesgos que entran éstas para la preservación de las libertades; la percepción de la privacidad como una demanda burguesa que bien puede ser pospuesta en aras de obtener satisfacción a demandas más apremiantes, también es una línea de explicación. A lo dicho cabe agregar el simple arraigo en las esferas gubernamentales de una cultura totalitaria, que reproduce por inercia los patrones heredados de los setenta y ochenta.

Sin afán de expiar las negligencias gubernamentales, ni pretensión de desestimar algunas de las explicaciones mencionadas, cuando menos es posible constatar también una absoluta ausencia de organizaciones de la sociedad civil que aglutinen y movilicen a los ciudadanos con miras a la preservación o fortalecimiento de sus derechos ante las sustantivas alteraciones que las tecnologías vienen produciendo en nuestro entorno. La ciudadanía parece padecer de la misma inercia que sus gobiernos en la materia.

Este es un factor subestimado en la construcción de un entorno digital seguro: *¿qué rol debe jugar la sociedad civil?* La experiencia europea muestra que si ha habido avances, no pocas veces se ha debido a la movilización ciudadana, en ocasiones recurriendo judicialmente contra prácticas ilegítimas, en otras oportunidades empleando inclusive métodos algo más reñidos. De cualquier modo, los ciudadanos y sus organizaciones abogan por sus derechos.

No es fácil pedirle al Estado que se controle a sí mismo, y menos aún que lo haga eficientemente. Es necesario el fortalecimiento de las organizaciones sociales, para movilizar y fiscalizar el desempeño estatal. Mientras los ciudadanos no tengan “*conciencia tecnológica*”, difícilmente podrán trazar un norte para el Estado. Y, en tales circunstancias, perecerá certero el juicio de **Winston Churchill**, cuando expresaba que “*los pueblos tienen los gobiernos que se merecen*”.

# Privacidad en venta.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 22 de septiembre de 2008.

DISPONER DE UN ENTORNO PARA NUESTRO PROPIO DESARROLLO, AL MARGEN DE LA intromisión de terceros, es un derecho esencial para las personas. En parte, los muros de nuestro hogar, el sosiego de nuestra alcoba, la distancia que ponemos entre nuestras viviendas, entre otros, son indicios de la aspiración por disponer de un entorno para el desarrollo personal fuera de la mirada de los otros. Nuestra libertad de conciencia y de religión, nuestra libertad de expresión y política, nuestra autodeterminación sexual, entre otros, son derechos y libertades ciudadanas que se nutren de un espacio de acción privada.

*¿Qué pasaría si el día de mañana alguien tocara a su puerta ofreciéndole privacidad por una suma de dinero?* Seguramente a usted, como a mí, nos parecería cuando menos un chiste de mal gusto. *¿Para qué comprar privacidad?* Yo ya la tengo. No necesito ir al mercado por la compra de una dosis de vida privada, ésta me es garantizada por ley.

Lamentablemente, lo que quizá usted no sabe, es que su privacidad está siendo sometida a prueba día a día, y la tecnología está logrando derribar los tradicionales obstáculos que poníamos para su resguardo. A los ya viejos lentes teleobjetivos y grabadoras a distancia, se han sumado los pinchazos telefónicos y la interceptación de las comunicaciones electrónicas. No hay prácticamente un espacio de privacidad que no sea susceptible de ser invadido por un dispositivo técnico.

Es precisamente ahí donde se ha generado un nicho de mercado, en que se ofrecen productos tecnológicos que garantizan la privacidad. Ya desde hace algún tiempo es posible encontrar usuarios de Internet que encriptan sus comunicaciones. Recientemente, una empresa israelí diseñó un dispositivo que neutraliza cualquier grabación digital en un entorno limitado, impidiendo ser fotografiado o filmado. La consigna parece ser, si bien tienes privacidad, debes pagar el precio para retenerla.

Si la privacidad es un bien abandonado a las leyes del mercado, *¿qué pasará con quienes no pueden solventar ese costo?* Permítanme un giro. Desde siempre las personas han adoptado mecanismos de defensa de su propiedad (alarmas de intrusos, cercos eléctricos y fosos con cocodrilos, por mencionar algunos); sin embargo, aun fallando o no existiendo tales dispositivos, existe la certeza de que la ley se encargará de los infractores. *¿Cree usted que encontrará un adecuado resguardo a su privacidad, si el día de mañana alguien exhibe en televisión fotografías de su persona obtenidas subrepticamente?*

Uno de los principales problemas que enfrenta la privacidad, en nuestros países latinoamericanos, es la ausencia de leyes que garanticen la vida privada. Por razones culturales, políticas o económicas, la privacidad de las personas, ese espacio que permite su pleno desarrollo, ha sido abandonada a las leyes del mercado. Si puedes financiar su protección, bien; si no puedes solventar los gastos de disponer de privacidad, bien también. El Estado toma palco frente a los ataques a nuestro mundo privado; a veces, inclusive, es el mismo gobierno quien asalta impunemente nuestra privacidad.

# Chilenos al desnudo (y por partida doble).

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 23 de mayo de 2008, bajo el título "Chilenos al desnudo por difusión masiva de datos personales".

LA MAÑANA DEL DOMINGO 30 DE JUNIO DE 2002, MILES DE CHILENOS SE ARREMOLINABAN alrededor de las dependencias del Museo de Arte Contemporáneo. Haciendo caso omiso al frío y pasando por alto las transmisiones de fútbol de la jornada, muchos de ellos habían pernoctado en las inmediaciones a la espera de ser partícipes de la instalación artística del neoyorquino **Spencer Tunick**: cuatro mil chilenos al desnudo tomaron parte en la iniciativa.

La mañana del domingo 11 de mayo de 2008, miles de chilenos se arremolinaban alrededor de los kioscos de diarios a lo largo del país. En ellos, la prensa daba cuenta de un incidente que se veía produciendo desde el día anterior: los registros informáticos de 6 millones de chilenos habían permanecido accesibles en Internet, dando a conocer información tal como sus nombres y números de identificación fiscal, registro electoral y registro de armas, números de telefonía fija y móvil, inclusive hasta el puntaje obtenido en las pruebas de ingreso a la universidad. Seis millones de chilenos al desnudo fueron víctimas del hecho.

Ambas historias, con sus innegables matices, nos permiten apreciar las significativas diferencias en cuanto a la exhibición de la privacidad que una y otra suponen: mientras en la instalación artística, quienes tomaron parte en ella consintieron en ver rebajada su expectativa de privacidad, en la publicación de los registros informáticos, ninguno de los aludidos consintió o tuvo siquiera conocimiento previo del hecho de quedar su información de libre disponibilidad pública. Al mismo tiempo, mientras en el primer caso, la inmediata exposición quedaba limitada a los alrededores del museo, en el segundo caso la exhibición resultó particularmente indiscriminada, todo quien dispusiera de Internet podría acceder en tiempo real a la información personal.

Los medios chilenos han especulado que un "hacker" habría ingresado indebidamente en las bases de datos de diversos organismos públicos, apropiándose de los datos que posteriormente haría accesibles en línea, para el solo efecto de acreditar la vulnerabilidad de los sistemas informáticos locales. Pero, independientemente de que hubiese existido o no tal hecho delictivo –de difícil pesquisa, por lo demás, lo que hace presagiar su impunidad–, no se ha reparado con igual celo en la deficiencia del sistema de protección a las personas en relación con el tratamiento de la información que les concierne.

Chile, al igual que otros países de la región, carece de un nivel de protección adecuado de los datos personales, un nivel de protección que resguarde los derechos de las personas sin entrar innecesariamente el flujo de información. El resultado de ello lo sufren los cientos de personas –y porque no decir, millones– que a diario ven invadida su vida privada: correo electrónico no deseado, ofertas no solicitadas de créditos, llamadas inoportunas a casa y robos de identidad son, entre otros, los costos que la circulación indiscriminada de nuestra información nos trae aparejada.

Pero ya no sólo se trata de una desmejorada protección a la privacidad, derechos y libertades de nuestros ciudadanos, sino también de la deslegitimación del rol estatal y de la introducción de distorsiones en el funcionamiento de los mercados.

Mientras nuestros Estados permanezcan indolentes en la protección de las personas, siendo más parte del mismo problema que de la solución –en el caso chileno, la información provenía de bases de datos bajo el “control” de organismos públicos–, corren el serio riesgo de perder aún más de su menguada legitimidad ante la ciudadanía. *¿Por qué nuestros países carecen de legislaciones e instituciones públicas que se ocupen realmente de proteger a las personas? ¿Son nuestros gobiernos, por su descuido, verdaderos cómplices de aquellos que atacan nuestra privacidad?*

Por su parte, ya algunos países de la región experimentan pérdidas de competitividad asociadas a la ausencia de un nivel de protección adecuado a las personas en relación con el tratamiento de los datos personales. Los países que garantizan tal protección se rehúsan a autorizar la transmisión de datos hacia los países no seguros, y para presionar prohíben y sancionan tal transferencia de datos. El resultado: los países de la región pierden también opciones de negocios.

Ciudadanos con derechos menoscabados, un sistema político deslegitimado y pérdida de competitividad son algunos de los efectos no deseados que provoca la deficiente protección de las personas en relación con el tratamiento de su información. Un problema patente en el caso de Chile, más o menos manifiesto en los demás países de Latinoamérica.



# Las redes sociales en Internet y la privacidad de sus usuarios.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 13 de junio de 2008, bajo el título "Las redes sociales en Internet descuidan la privacidad de sus usuarios".

UNO DE LOS BENEFICIOS MÁS IMPORTANTES DE LAS REDES SOCIALES ESTÁ EN LA FORMA EN LA cual gestionan datos de sus usuarios. Así, si cada vez que usted vea una película apunta su parecer en Filmaffinity.com, probablemente la próxima vez que vaya al cine va a pasar por su perfil y verá lo que dicen sus almas gemelas respecto de lo que verá. Y lo persuadirán de ir o escoger otra sala. Si cada vez que quiere comprar un disco visita Last.fm, lo más probable es que tenga clarísimo de qué va y si le gusta esa banda, cuáles son los discos que no se puede perder.

Si hay alguna red social que ha dado que hablar en el primer mundo últimamente es Facebook. Este último es un invento de un estudiante de Harvard para poder contactarse con sus amigos y compañeros de universidad. Pasó el tiempo y se ha convertido en la red social favorita de más de 47 millones de personas, permitiendo, claro, poder contactarse con amigos que creías olvidados y también determinar complejas cuestiones como qué clase de personaje de Star Wars eres.

Si bien **Mark Zuckerberg**, el creador de Facebook, aceptó una oferta de más de 200 millones de dólares por menos del 2 por ciento de la empresa por parte del gigante del software Microsoft, aún no está claro cuál será el modelo de sustentabilidad del sitio en el futuro. En noviembre de 2007, Facebook lanzó Beacon, una plataforma de publicidad interna con más de cuarenta compañías involucradas y que permite a estas compañías enviar información del público a la red Facebook con el fin de generar campañas publicitarias 'sociales', esto es, dentro de los contactos internos de Facebook. Por ejemplo, si compras el último libro de **Cory Doctorow** en Amazon, tus contactos pueden enterarse de aquello a través del newsfeed de Facebook, sin necesidad ni requerimiento por parte del usuario.

Lo que parece ser para muchos una estrategia donde todos ganan, desde el punto de vista de la privacidad de los usuarios ciertamente hay barreras que superar. Mientras en muchos otros ámbitos como delitos informáticos, propiedad intelectual y libertad de expresión, sólo por nombrar algunos, es la ley la que mira estas iniciativas desde una lógica del pasado y analógica, en el caso de los datos personales sucede precisamente lo contrario. Los países que han avanzado en establecer plataformas para el desarrollo de industrias tecnológicas son quienes con mayor ahínco protegen los datos personales y sensibles de sus ciudadanos.

El desarrollo de industrias relativas a tecnología y a nuevos emprendimientos no pueden hacerlo poniendo en riesgo la seguridad de los datos de sus usuarios. Es más, es precisamente producto de la escasa protección legal que tienen los datos personales de los usuarios en Latinoamérica, que muchas compañías evitan invertir nuestros países en emprendimientos que suponen la manipulación de datos de sus usuarios. Mientras no tengamos una regulación de datos personales que asegure una manipulación de datos respetuosa con la privacidad de los usuarios, no será posible ni el desarrollo de industria de tecnología ni tampoco un desarrollo tecnológico acorde con los derechos fundamentales de los ciudadanos digitales.

# ¿Qué se protege tras la huella digital?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 7 de junio de 2008.

UNOS DÍAS ATRÁS EL GRUPO HACKER ALEMÁN “CHAOS COMPUTER CLUB” CONSIGUIÓ ROBAR la huella digital del Ministro Federal del Interior, **Wolfgang Schäuble**, y publicarla en su revista “*Datenschleuder*”, como protesta por la inclusión en los nuevos pasaportes germanos de la huella digital del titular. Presumiblemente, la huella digital de **Schäuble** se habría tomado de un vaso que el responsable de la seguridad pública utilizó, sin obtenerse información de las circunstancias de su obtención. La agrupación hacker ha invitado a usar una reproducción de la huella para acceder a oficinas de alta seguridad que emplean sistemas de reconocimiento electrónico digital.<sup>12</sup>

*¿Qué se protege tras la huella dactilar? ¿Por qué su simple inclusión en un documento oficial despierta el malestar de algunos, tal como lo pone en evidencia el caso recién mencionado?* De forma lamentable, los medios de prensa no pasan de ilustrar el paradójico caso en que el encargado de seguridad es desprevenidamente víctima de su propio celo, pero sin profundizar en las consecuencias de una iniciativa como la alemana.

La mayor parte de nuestros países limitan la recolección de huellas dactilares a quienes han sido condenados por la comisión de un delito. Algunos, presas de la paranoia, han creído necesario extender el uso de la huella a quienes visitan el país o a la población toda. Este último ha sido el caso de Estados Unidos y, aparentemente, ahora también de Alemania. En varios, tal es el caso de Chile, el registro de huellas dactilares es parte de la rutinaria labor de identificación personal, que progresivamente se extiende desde el sector público al privado. Sin embargo, muchos adoptan decisiones en la materia inconscientemente, sin tener certidumbre del alcance de la medida, de sus riesgos, ni de las medidas apropiadas para prevenir tales peligros.

Ya desde hace muchos años, una buena parte de la comunidad internacional dispone de leyes especiales que reglamentan la recolección, acceso y uso de la información personal, incluidas las huellas dactilares u otros identificadores biométricos. La razón por la cual ha sido necesario disponer de leyes especiales es, por un lado, para prevenir los riesgos que el uso indiscriminado de la información personal puede implicar para las libertades y derechos de las personas, y de otro lado, para evitar un inadecuado funcionamiento de

<sup>12</sup> Los hechos narrados fueron reportados durante el primer semestre del año 2008.

los mercados sobre la base de diferencias ostensibles en la mayor o menor libertad que se confiere especialmente a las empresas para tratar información personal.

Cualquiera fuese la razón que ha movido a los países a adoptar leyes que protegen a las personas en relación al tratamiento de la información que les concierne, estas leyes históricamente surgen para prevenir la extralimitación de un Estado deseoso de procesar tal información para controlar a sus ciudadanos. Es una respuesta a los excesos gubernamentales, que fundado en afanes de prevención criminal, seguridad nacional o simple recaudación fiscal en ocasiones pasa por alto los derechos de las personas, especialmente en lo que al procesamiento de información se refiere.

A diferencia de otros datos personales, las huellas dactilares permiten una identificación inequívoca de su titular, de la persona a quien pertenecen, y los riesgos que entraña el procesamiento, y peor aún el entrecruzamiento de bases de datos a partir de una información como ella es ostensible. De ahí pues que, pese a los loables fines estatales –o no tan loables, según se mire–, sea necesario poner un límite al intrusismo gubernamental, un límite a la intervención estatal y, con ello, una garantía –mínima quizá– a la privacidad, ya que con ella no sólo se preserva un entorno de desarrollo de la persona, sino que una amplia gama de libertades y derechos esenciales para la sociedad, como la libertad de conciencia y pensamiento, la libertad de expresión y el derecho a no padecer actos de discriminación arbitrarios.

Sólo cuando se tiene en mente los efectos que puede producir el tratamiento ilegítimo de información personal, en el caso propuesto las huellas dactilares, es posible comprender la pasión que algunos ponen en recurrir a prácticas en el borde de la legalidad con tal de preservar sus propias libertades.

# Vigilancia y control en el puesto de trabajo.

**Francisco Vera Hott**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 30 de septiembre de 2008. Francisco Vera Hott es Secretario Ejecutivo de ONG Derechos Digitales, su e-mail es: [francisco@derechosdigitales.org](mailto:francisco@derechosdigitales.org)

IMAGÍNESE ESTAR OCHO O MÁS HORAS AL DÍA BAJO LA VIGILANCIA DE UN “GRAN HERMANO” que puede controlar todas sus actividades, por medios de vigilancia tales como cámaras, software que permita supervisar su actividad en el PC, micrófonos y otros dispositivos similares. Lamentablemente, no es tan necesario imaginarlo, porque dicho escenario ya existe en varios lugares de trabajo, que terminan pareciéndose a un campo de concentración donde el paradigma que rige es el control y la vigilancia.

La vigilancia en el lugar de trabajo puede servir de método de control y medición de las labores desempeñadas, pero también es susceptible a convertirse en una herramienta que facilite la vulneración de nuestros derechos fundamentales.

Normalmente, la relación laboral implica desempeñar determinados deberes, tales como cumplir con un horario definido, atender labores específicas en esas horas, o no divulgar actividades de la empresa, entre otras actividades. El empleador, para asegurarse y medir dicha actividad, puede establecer mecanismos de control que hagan efectiva dicha medición.

No obstante, aquella actividad muchas veces es desproporcionada y termina sirviendo al empleador para fines diversos del originalmente establecido, al tener a su alcance inmejorables herramientas para obtener información privada de sus empleados. Esto puede facilitar situaciones como el acoso laboral, las prácticas antisindicales o la búsqueda de formas de despedir sin indemnización a los trabajadores.

En la Unión Europea el tema se ha abordado seriamente, a propósito de la regulación de la privacidad y de los datos personales, derechos fundamentales que no pueden ser renunciables a cambio de un contrato de trabajo. Para ello se exige al empleador explicitar a sus empleados los medios de vigilancia y control que utiliza, junto con prohibir los métodos que sean invasivos o que no tengan relación con la actividad que desarrollan las personas.

En el resto del mundo, este tema no se ha abordado con el mismo nivel de preocupación ni profundidad que en Europa. En Sudamérica, no obstante, aparecen luces de esperanza: recientemente en Chile se reformó el proceso judicial laboral, que contempla un procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales. Uno de sus primeros fallos

precisamente trata sobre vigilancia en el lugar de trabajo, y el juez de instancia resolvió ordenar la indemnización a la afectada, que fue despedida en base a información obtenida irregularmente de su computador.

Así las cosas, ya sea a través de la regulación de las tecnologías, de acciones constitucionales, o de un (en apariencia) sencillo procedimiento laboral, lo importante es que los derechos fundamentales de los ciudadanos no se vean soslayados, sino por el contrario, potenciados ante las nuevas tecnologías y las posibilidades que nos ofrecen.

# Por la libertad y no el miedo en Internet.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 9 de octubre de 2008.

“*FREEDOM NOT FEAR*” ES EL NOMBRE DE LA MANIFESTACIÓN QUE INVOLUCRA A organizaciones de más de treinta países –incluidos Argentina, Chile, Ecuador, Estados Unidos, Guatemala, México y Perú–, las que este 11 de octubre expresarán su rechazo a la adopción de leyes que socavan los derechos y las libertades ciudadanas, bajo el pretexto de combatir el terrorismo en Internet.

El origen de la campaña se remonta a la adopción de la Directiva de la Unión Europea que obligó a las compañías prestadoras de servicio de Internet a almacenar información de las conexiones y tráfico de los usuarios por a lo menos seis meses. Desde entonces a la fecha, los datos personales de los inocentes usuarios de la web han comenzado a recolectarse para su eventual uso en investigación criminal y civil.

Explotando la paranoia y el miedo, nuevas leyes se han adoptado alrededor del mundo, en similares términos a Europa. De ellas probablemente la más lesiva sea la Patriot Act estadounidense, adoptada tras los atentados del 11 de septiembre, y que concedió amplias facultades a la autoridad pública para llevar a cabo medidas intrusivas contra quienes resultasen sospechosos de actividad criminal.

Desafortunadamente, la intervención legislativa, que muchas veces se conduce por el loable propósito de brindar seguridad a los ciudadanos, pierde perspectiva en cómo las leyes ponen en serio riesgo las libertades fundamentales, tales como la libertad de expresión, el derecho a la vida privada, y la inviolabilidad de las comunicaciones, entre otros. De ahí que el énfasis sea llamar la atención pública respecto de la afectación de nuestras libertades por similares iniciativas de ley.

En el caso de Latinoamérica, las manifestaciones se orientarán preferentemente a llamar la atención sobre la necesidad de adoptar leyes que protejan la privacidad de las personas. Una apropiada legislación sobre protección de los datos personales es esencial para garantizar la subsistencia de los derechos y libertades ciudadanas garantizadas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como en otros instrumentos internacionales.

La campaña Freedom Not Fear apunta a recordarnos que la Libertad, no el Miedo, debe ser el norte que conduzca la regulación de Internet. Si se han de adoptar medidas de

control, éstas deben ser adecuadas, pertinentes y no excesivas, de manera que garanticen adecuadamente los derechos de las personas y las bases de una sociedad democrática.



# Compras de Navidad en línea.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 17 de diciembre de 2008.

A DÍAS DEL FIN DE AÑO, MEDIO MUNDO GIRA EN TORNO A LAS COMPRAS NAVIDEÑAS, hurgando en el más recóndito escaparate de cada tienda aquel obsequio apropiado para alguno de sus seres queridos. Pero algunos, algo más tecnologizados, rehuyendo el frío invierno boreal o el insoportable calor del sur de este mundo, o simplemente, evitando la multitud que se aglomera en torno a los aparadores, optan u optarán por hacer algunas compras a través de Internet. *¿Qué seguridad brinda hoy el comercio electrónico a esos consumidores?*

La experiencia de comprar en línea progresivamente ha logrado mayor penetración en Latinoamérica, así como se han incrementado los usuarios de Internet, pasando de 18 millones de usuarios el año 2000 a 122 millones el 2007. Sin embargo, los riesgos específicos que comprar a través de Internet trae aparejados para los consumidores no han sido aún apropiadamente abordados por la mayor parte de los países de la región.

Aun cuando parezca de Perogrullo, comprar a través de Internet todavía no garantiza la calidad de los bienes y servicios ofrecidos, ni la identidad de quien los vende, ni siquiera certeza acerca de las condiciones de compra. Y es que cerciorarnos personalmente de la calidad de los productos, acudir de manera directa ante un rostro responsable, y saber de antemano qué lo que compramos nos lo llevamos sin más, nos brinda una tranquilidad que la experiencia en línea no logra igualar.

Para alentar el comercio electrónico, transparentar el funcionamiento del mercado y, a la vez, garantizar los derechos del consumidor en línea, algunos países han adoptado leyes específicas, en otros las propias empresas han adoptado códigos de buenas prácticas, o empresas especializadas certifican la calidad de los servicios, pero en la mayor parte de los países de la región los consumidores quedan abandonados literalmente a la vera del camino.

En general, a lo que se se apunta es a garantizar que los consumidores dispongamos de la información suficiente para tomar una decisión correcta –sobre los bienes y servicios, la transacción misma y el proveedor–. Más aún, algunas legislaciones otorgan a los consumidores en línea el llamado derecho de retracto, que básicamente les permite dejar sin efecto la transacción cuando ésta no ha satisfecho sus expectativas.

De manera que si usted es uno de aquellos 122 millones de usuarios de Internet en Latinoamérica y está dispuesto a hacer algunas compras en línea para esta navidad, sea cauto y cerciórese de cuáles son sus derechos y cómo puede ejercerlos. No suceda que luego pague un alto precio por la iniciativa. Aun cuando, personalmente, espero lograr sustraerme a la dinámica y hacer de ésta la ocasión para compartir con mi familia, amigos y demás seres queridos.

# Detrás de la prohibición del BlackBerry en India y Francia.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 30 de mayo de 2008, bajo el título "Controversia en India y Francia por prohibición del uso de BlackBerry".

EL GOBIERNO INDIO HA PROHIBIDO LA OPERACIÓN DE BLACKBERRY EN EL PAÍS, SOBRE LA base de que el cifrado de las comunicaciones entre los aparatos y los servidores hace imposible interceptarlas, medida esencial para controlar la actividad terrorista. Ya a mediados del recién pasado 2007, el gobierno francés había prohibido a sus altos funcionarios el uso de BlackBerry, pero en aquella oportunidad lo hizo porque las comunicaciones ofrecidas por esta plataforma no eran seguras.

BlackBerry es un dispositivo inalámbrico y portátil, introducido hacia finales del siglo pasado y que hoy cuenta con más de 14 millones de usuarios en todo el mundo. La herramienta permite trabajar con correo electrónico, telefonía y mensajería móvil, navegación web, entre otros varios servicios de información inalámbricos.

Más allá de una descripción de la tecnología que supone BlackBerry, las prohibiciones adoptadas en India y Francia nos plantean a lo menos dos líneas de reflexión: la primera trata de responder cuál es la preocupación que nuestros gobiernos ponen en relación con la tecnología y, la segunda, a quién deben creer los usuarios, aquellos que hacemos uso de una herramienta del nivel de sofisticación que supone una BlackBerry. Permítanme detenerme en ambos puntos brevemente.

Mientras el gobierno indio ha justificado la medida, enfatizando la imposibilidad de interceptar las comunicaciones inalámbricas de sus ciudadanos, so pretexto de prevenir la comisión de actos de terrorismo, el gobierno francés, en cambio, toma similar decisión pero con una justificación diametralmente contraria: la información que circula a través de ello queda eventualmente disponible en servidores alojados fuera del país –en Estados Unidos y en Gran Bretaña–, lo cual dejaría la información a merced de las autoridades de tales países.

*¿Cómo frente a una misma tecnología la reacción de los Gobiernos resulta ser tan diametralmente opuesta?* Mientras uno se ocupa de resguardar la seguridad de las comunicaciones de sus funcionarios –aunque también se han hecho oír voces que aseguran que la medida está orientada a obtener la instalación de servidores en Francia–, el otro la adopta echando en menos la posibilidad de controlar el comportamiento ciudadano, al no poder interceptar sus comunicaciones. *¿Cuál de ellos es –en el papel cuando menos– el estándar más acorde*

*con la exigencia de una democracia y el respeto de los derechos de las personas? ¿Debe esto impedir actos de legítima defensa social, si este fuese el caso? Es claro que no parece haber una inequívoca respuesta.*

Y esto nos lleva a los usuarios de tecnología, quienes no sólo parecen abandonados a la suerte de su gobierno de turno –el cual decidirá ser más o menos punitivo, más o menos garante–, sino que, todavía peor, tras la noticia no puede tener certidumbre alguna de qué es lo que realmente está adquiriendo como calidad de servicio junto a un BlackBerry – aunque esto es igualmente válido para una Ipaq, un iPhone y otros dispositivos técnicos.

Frente a la tecnología, el grueso de los usuarios carece de competencias técnicas para juzgar la calidad del servicio y, en un caso como el propuesto, el nivel de vulnerabilidad en su vida privada y comunicaciones. Ante tal carencia, y sin perjuicio de la mayor información que las propias empresas debían prestar a sus clientes, se impone la necesidad de disponer de mecanismos públicos que de algún modo palien esa precariedad en que se encuentran los usuarios. Aunque, claro, poco se logrará si sus conclusiones resultan con un nivel de contradicción similar al que se constata entre las autoridades francesas e indias en un caso como el propuesto.

# ¿Neutralidad de la Red?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 15 de julio de 2008.

MI PRESTADOR DE SERVICIOS DE INTERNET ME BLOQUEA EL ACCESO A REDES P2P, ME IMPIDE descargar videos, o ha bloqueado técnicamente los puertos de mi computador para evitar que acceda a contenidos FTP, o me impide usar Skype u otros programas de voz sobre IP. A pesar de que el ancho de banda parece crecer día a día, ciertos prestadores de servicios de acceso a Internet se resisten a garantizarnos calidad de servicio, y no sólo nos entregan una crítica información respecto de éste, sino que además recurren a prácticas que socavan la experiencia de uso de la Red.

Desde hace un par de años, este asunto ha generado un arduo debate en Estados Unidos. *¿Es necesaria la intervención del Estado –a través de leyes o reglamentaciones– para garantizar la calidad del servicio en el mercado de telecomunicaciones, más precisamente en el acceso a Internet? Más allá de la ausencia o presencia de capacidades técnicas en un organismo público para hacerse cargo de cumplir una norma en la materia, ¿debe el Estado hacerse cargo de normalizar en un punto donde los propios consumidores podrían simplemente desconectarse y acudir a otro prestador de servicio?*

Recientemente, en Estados Unidos, el Congreso ha decidido estudiar el tema. Mientras, el mismo asunto ya ha comenzado a ser discutido en Chile, donde hace un año atrás se presentó un proyecto para consagrar legalmente el denominado principio de “neutralidad de la red” para los consumidores y usuarios de Internet. La iniciativa buscaba hacer frente a las prácticas de ciertos prestadores de servicio de Internet que discriminan arbitrariamente en los paquetes de información que circulan a través de la Red, en desmedro de la calidad de servicio ofertada a los usuarios de Internet.

En su momento, el propio Gobierno que creyó innecesario el proyecto, en los hechos, se retractó, brindándole apoyo. De este modo, tras ser aprobado prácticamente por unanimidad por la Cámara de Diputados, la iniciativa se encuentra próxima a ser aprobada también por el Senado, y con ello transformarse en ley, permitiendo resolver el problema que aún mantiene enfrascado al Congreso estadounidense.<sup>13</sup>

El proyecto fija diversas obligaciones a los prestadores de acceso a Internet, de entre las cuales conviene destacar que estos no podrán bloquear, interferir, discriminar o entorpe-

<sup>13</sup> Desafortunadamente, la tramitación de la iniciativa de ley se encuentra paralizada en el Senado desde el segundo semestre del 2008 y hasta la fecha, bajo el errado pretexto de que su adopción se encontraría asociada al proyecto de ley que modifica la ley sobre propiedad intelectual.

cer las comunicaciones de sus usuarios; deberán entregar por escrito a sus usuarios toda la información relativa a las características del acceso a Internet contratado; y, deberán ofrecer servicios de controles parentales, de manera que los propios usuarios discriminen el uso que quieren hacer del servicio, y no el proveedor de éste.

El control en el adecuado cumplimiento de la ley quedará entregado a la autoridad nacional sobre telecomunicaciones, garantizando competencia técnica en la materia. De hecho, ésta deberá dictar un reglamento que precise las disposiciones generales de la ley, y deberá conocer de las reclamaciones de los usuarios asociadas a la infracción de la ley.

La adopción de medidas orientadas a transparentar el funcionamiento de Internet y garantizar calidad del servicio, no sólo redundarán en respeto a los derechos de los consumidores, sino que también debía traducirse en un mercado de telecomunicaciones más dinámico y transparente que nos permita gozar a cabalidad de Internet.

# Portabilidad del número en Latinoamérica.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 14 de septiembre de 2008.

TRAS VEINTE AÑOS VIVIENDO EN LA MISMA LOCALIDAD, HACE CINCO AÑOS MIS PADRES decidieron cambiarse de hogar. Uno de los percances a afrontar era lograr ser nuevamente ubicables al teléfono domiciliario. Lamentablemente, para entonces –aún hoy, a decir verdad– la portabilidad del número no estaba garantizada en Chile. Este recuerdo se me venía a la cabeza, mientras hacía la fila para poner término a mi contrato de telefonía celular, tras ocho años de un regular servicio. No divulgaré el nombre de la compañía, porque, claro, uno tiene cierto pudor.

Desconectarse del servicio, revocar el contrato, olvidarse del número es, en los países en que no existe la portabilidad del número telefónico, una verdadera condena de ostracismo. Un destierro tecnológico, guardando las proporciones con tan infame sanción. Por un lapso de tiempo nuestros familiares, amigos y conocidos deambularán tratando de dar con nosotros sin resultados; discarán una y otra vez con la secreta esperanza de haberse equivocado y nada, una voz ajena les responderá indefectiblemente: equivocado. Por nuestra parte, nos sentiremos abandonados a la deriva, nos enteraremos ya tarde de la fiesta de cumpleaños de la abuela y del matrimonio de esa prima que nos cautivó en su adolescencia.

El tema de la portabilidad del número de telefonía fija y/o celular desde hace tiempo ha dejado de ser una simple exigencia egocéntrica, para constituirse en un verdadero derecho de los abonados al servicio. Hace varios años la Unión Europea, Australia, Nueva Zelanda y Estados Unidos han garantizado tal derecho a los usuarios, desde inicios del 2008 lo ha hecho México, y en septiembre del mismo año también ha comenzado a implementarse en Brasil. Por su parte, Colombia ha aprobado una ley en la materia a mediados de tal año. Mientras, Chile y Perú, a la zaga, estudian inventar la rueda.

El derecho de los usuarios a la portabilidad del número les permite cambiar de operador telefónico sin necesidad de echar al olvido su número histórico, esto es, sin hipotecar su ubicación por terceros. La consagración de la portabilidad, además, alienta a los operadores del mercado a brindar mejores servicios y cobertura, a fin de evitar la fuga de sus clientes.

En varios países –incluso entre aquellos que ya hoy cuentan con leyes que garantizan la portabilidad– las compañías reclaman de los altos costos de implementación y de la inutilidad de la medida, ya que cuando se consagra sólo un reducido número de clientes huyen, contrariamente a lo que se pudiera pensar. Peor aún, la medida carece de todo sentido cuando sólo un operador controla el mercado de las comunicaciones telefónicas.

Sin embargo, dando por descontado el cada vez más marginal caso de ausencia de operadores en el mercado, lo cierto es que, pese a los costos de la portabilidad –que, dicho sea de paso, terminan siendo desplazados a los usuarios–, esta medida dinamiza el mercado, obligando a los operadores a optimizar sus servicios. La eficacia de la portabilidad no puede ser medida en términos de cuántos abonados abandonan a su compañía, sino en cuántos siguen en ella por la calidad del servicio y no por que sean esclavos de su numeración histórica.

Prescindir de la portabilidad del número implica capitalizar a los usuarios en vez de fidelizarlos con calidad de servicio, sacrifica competitividad del mercado y menoscaba los derechos de los consumidores, en cuanto abonados, al ponerlos en la frágil disyuntiva de persistir de un servicio mediocre o quedar condenado al destierro comunicacional.



# Persecución penal en Internet.

## **Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 26 de agosto de 2008. Una versión breve del artículo fue también publicada en la sección cartas al director de El Mercurio, bajo el título "Privacidad en Internet", el 14 de septiembre de 2008.

UNO DE LOS GRANDES DESAFÍOS DE LA REGULACIÓN DE INTERNET ES LOGRAR HACER DE ELLA un entorno seguro, independientemente del punto de conexión desde el cual se conecte un usuario o se provea un servicio. Parte de este proceso implica contar con disposiciones penales relativamente uniformes a través de las fronteras. Pero, al mismo tiempo, supone también disponer de mecanismos que permitan a las policías actuar con eficacia en la averiguación de los hechos criminales que tienen lugar en Internet, así como de sus responsables.

Precisamente, para efectos de identificar a los responsables de delitos que tienen lugar en Internet, o que dejan pruebas en la Red, diversas legislaciones han obligado a las compañías prestadoras de servicios de Internet a conservar registro de la conexión de los usuarios. Esto no garantiza necesariamente la plena certidumbre de que una persona sea la responsable de un ilícito, pero cuando menos permite acotar el alcance de la investigación policial.

Así, por ejemplo, hizo Chile el 2004, al establecer tal obligación de registro respecto de las conexiones de los últimos seis meses. Sin embargo, la Cámara de Diputados del país ha aprobado un proyecto para ampliar ese plazo a un año y extender la obligación a toda persona que brinda acceso a otra a Internet. En otros términos, las empresas de telecomunicaciones, los establecimientos educacionales y laborales, las bibliotecas y telecentros comunitarios, así como los cibercafés e inclusive los vecinos que mantienen redes abiertas, estarán obligados a registrar a sus usuarios y a almacenar su información de conexiones por a lo menos un año.

Estamos frente a mecanismos que permitirán eventualmente la identificación de delinquentes. Pero, *¿cuál debe ser el límite a este intervencionismo estatal?* Una medida como la recientemente adoptada por la Cámara de Diputados junto con incrementar los costos de operaciones y tarifas de conexión de los usuarios, también afecta significativamente los derechos de las personas, su vida privada, la protección de su información personal y la inviolabilidad de sus comunicaciones.

*¿Debemos poner en riesgo los derechos de todas las personas en aras del éxito de una investigación criminal?* Históricamente, las diligencias de prueba afectaban esencialmente a la persona y los derechos de quien era sospechoso de haber tomado parte en un hecho

ilícito; la práctica probatorias podían poner en peligro los derechos de quienes no estaban implicados, pero ello resultaba excepcional. En cambio, en Internet esas medidas pueden resultar excesivas, indiscriminadas y peligrosas para las personas y la sociedad misma.

*¿Por qué no extender aún más el plazo de conservación de los registros de usuarios? ¿Por qué no forzar a los usuarios a emplear sistemas de autenticación más certeros?* Muy simple, porque los derechos y libertades de las personas también cuentan; las medidas represivas o intrusitas deben recaer sobre quienes infringen la ley y no sobre toda la ciudadanía. Entonces, *¿por qué extender la obligación y los plazos de los registros de conexión?* Una decisión como ésta debería estar fundada en razones empíricas, en análisis estadísticos de resultados y en estudios de casos. Pero no. Desafortunadamente, la decisión en el caso de la Cámara de Diputados no se sustenta en tal tipo de estudios, sino que sólo en la especulación jurídica, en una apuesta a ciegas con nuestros derechos.

Las medidas aprobadas por la Cámara de Diputados de Chile nos enseñan que mientras la regulación de Internet se haga a tuestas, estaremos condenados a disponer de una legislación que gira en torno al mero voluntarismo, que sacrifica nuestros derechos, sin tener certidumbre si lo hace por más altos propósitos –tal como una adecuada investigación criminal–, o simplemente subsidiando la ineficacia policial. Pero aún no es del todo tarde, todavía resta que la iniciativa legal sea revisada por el Senado.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> *La iniciativa estaba pendiente en el Senado a agosto del 2008 y, afortunadamente, sigue pendiente a junio de 2009.*

# ¿Por qué una ley de delitos informáticos?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 15 de octubre de 2007.

DÍAS ATRÁS ACABA DE SER PRESENTADA UNA INICIATIVA DE LEY EN EL CONGRESO DE Colombia destinada a reglamentar los denominados delitos informáticos. Por su parte, el gobierno de Chile acaba de anunciar su estrategia digital, en la cual incluye la dictación de una nueva ley en la materia. Disponer de una adecuada legislación para prevenir y reprimir tales ilícitos constituye un elemento esencial para preservar la seguridad de la Red, la fiabilidad en el sistema jurídico y brindar márgenes de tranquilidad a los usuarios. Es algo que los Estados bien conocen.

Sin embargo, el mundo de las tecnologías enrostra al derecho su ineficacia para hacerse cargo penalmente de los ilícitos que tienen lugar mediante el empleo de tecnologías de la información y comunicación. *¿Por qué es necesario dictar leyes para sancionar a los delinquentes informáticos? ¿Acaso no es posible hacer uso de la legislación ya existente?*

Contrariamente a lo que suele suponerse, no siempre es necesario dictar leyes para sancionar los delitos que se cometen a través del empleo de las nuevas tecnologías. Muchas veces nuestra vieja normativa es capaz de absorber el impacto tecnológico, ya que sus disposiciones guardan cierta neutralidad frente a su desarrollo. Así, por ejemplo, es usual que nuestras legislaciones sancionen criminalmente a quien injuria a otro, pero le es indistinto cual sea el medio a través del cual tales expresiones injuriantes se emiten; que si a través de la prensa escrita, que si por la televisión o la radio, o a través de un sitio web, para la ley resulta intrascendente a efectos de la configuración del delito.

Pero, en otras circunstancias, las conductas indeseables que tienen lugar mediante el empleo de la tecnología no se encuentran previstas en la legislación; como resultado de ello, tales conductas resultan impunes. Y es que nuestros antiguos legisladores difícilmente pudieron prever las defraudaciones informáticas, los daños sobre los sistemas y la data, la obtención indebida de datos o phishing, por mencionar sólo algunos hechos repudiables. Para sancionar tales prácticas se hace imprescindible modificar nuestra legislación.

La exigencia de disponer de leyes precisas que indiquen qué constituye un delito es una exigencia elemental de todo Estado democrático, una fórmula a través de la cual se limita el poder estatal y, a la vez, se garantizan los derechos fundamentales de toda persona. Conocer de antemano qué será considerado un delito y qué sanción traerá aparejada su

comisión, brinda certezas respecto de lo que podemos hacer sin arriesgar una pena. De ahí pues, la necesidad de modificar nuestra legislación para obtener la sanción penal de aquellas conductas dañosas que hasta la fecha no se encuentran previstas en la ley; por eso la tarea que emprende Colombia y anuncia Chile en la materia.<sup>15</sup>

Ahora bien, que una determinada conducta no sea hoy un ilícito penal no quiere decir que no dé origen a algún tipo de responsabilidad para su autor. Un hecho puede estar criminalmente exento de reproche, pero ello no obsta a que, concurriendo los requisitos legales del caso, haya lugar a otro tipo de sanciones, previstas en la legislación civil, laboral, administrativa u otra. Así, por ejemplo, quizá la emisión de correo electrónico no deseado no se sanciona penalmente en nuestro país, pero tal vez se sanciona administrativamente por las autoridades encargadas de proteger los derechos de los consumidores o la información personal, y eventualmente podría implicar responsabilidad civil, de modo que su autor sea obligado a indemnizar los perjuicios que su conducta ha ocasionado.

No toda conducta que nos parece lesiva debe ser sancionada penalmente. En muchas ocasiones bastará prever este otro tipo de sanciones, de modo que reservemos las penas privativas de libertad y otros derechos tan sólo para los hechos especialmente nocivos a los intereses sociales. Es sencillo sucumbir a la tentación de criminalizar todo en Internet, pero ello debe tomarse con cautela. Más intervención penal es la mejor manera de deslegitimar el sistema y, de paso, poner en serio riesgo las libertades y derechos fundamentales.

Si podemos incrementar nuestra seguridad a niveles deseables, sin poner tras las rejas a más y más usuarios de Internet, bienvenido sea el esfuerzo. Al final del día la plena seguridad es una falacia, y debemos aprender a vivir en un ambiente inseguro, aunque sin renunciar a la intención de llevar la inseguridad a márgenes tolerables, un asunto sobre el cual el hombre viene trabajando desde el principio de los tiempos.

<sup>15</sup> *El anuncio gubernamental consignado en la Estrategia Digital (2007-2012) en orden a impulsar la adopción de una nueva legislación en la materia ha sido posteriormente pospuesto.*

# Pornografía infantil, ¿dónde poner el límite?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 4 de abril de 2008, bajo el título "Los límites de la difusión de pornografía infantil"

PROBABLEMENTE NO EXISTA HOY NADA EN LA CULTURA OCCIDENTAL QUE GENERE MÁS rechazo que la pornografía infantil. Otras prácticas o creencias no logran el nivel de repulsa social que tienen quienes realizan o producen, comercializan o consumen representaciones de menores de edad con contenido sexual.

A pesar de tal rechazo, por años la pornografía infantil creció al amparo de ausencia de leyes específicas que le penalizaran. Hasta hoy, la falta de acuerdo internacional resiente la persecución de este ilícito, todavía más si consideramos la posibilidad de circulación de tales contenidos a través de Internet. En el mismo sentido, no existe pleno consenso de hasta dónde y a quiénes debe llegar la sanción penal en relación con la pornografía infantil, ni menos conciencia de los efectos que ello pueda acarrear, especialmente en relación a la preservación de la libertad de expresión, inherente al proceso creativo.

La primera respuesta legal para combatir la pornografía en Internet tuvo lugar en Estados Unidos, con la denominada Ley de Decencia de las Comunicaciones, que pretendía poner fin a la circulación de contenidos indecentes en la Red. Un objetivo loable, pero que tropieza cuando pretendemos resolver una pregunta clave sobre qué es lo que consideraremos "indecente" para estos efectos, calificación voluble en el tiempo, en el espacio y acorde a nuestras convicciones, y que claramente excede la simple intención de sancionar la pornografía infantil. No siempre, ni en todos lados, ni para todas las personas un mismo contenido amerita el hiriente epíteto de indecente; esa ambigüedad fue precisamente la que sepultó aquella iniciativa legal.

Hoy pareciera existir cierto acuerdo mínimo respecto a lo que entendemos por pornografía infantil, aunque todavía persisten algunas diferencias. Existe un amplio consenso en que debe sancionarse como pornografía infantil todas aquellas representaciones de imagen o video de menores de edad de cualquier sexo en conductas sexualmente explícitas, a solas, con otros menores de edad o con adultos. Lo que se pretende salvaguardar es la indemnidad sexual de los niños.

Sin embargo, algunos países han ido más allá y sancionan también a quien comercializa, produce o consume representaciones no fotográficas, e inclusive textos, aun cuando su creación no ha implicado la participación de un menor de edad. Esto pone en entredicho desde ciertas tiras cómicas en que se representan dibujos de menores en actos de connotación sexual hasta la conocida novela “*Lolita*” de **Nabokov**, e inclusive escenas de la película “*American Beauty*”, llegando, según el grado de exceso, a imágenes de niños al desnudo, tal como el cuadro “*Los dos hermanos*” de **Picasso**, que hoy integra la colección del Museo Nacional de París.

Como se aprecia de los ejemplos anteriores, una excesiva intervención penal en la materia puede poner fuera de la ley diversas expresiones artísticas. *¿Debe el sistema legal pasar por alto la creatividad, haciendo tabla rasa para evitar la propagación de la pornografía infantil? ¿Debe la ley sortear aquellos casos en que la intencionalidad no ha sido explotar sexualmente a un menor de edad? ¿Debe para ello atender a las intenciones de quien elabora el material, o a las múltiples interpretaciones que de él hagan los usuarios del contenido?* Son preguntas que no tienen una respuesta inequívoca aún.

Por otro lado, volviendo a la falta de armonización internacional en la materia, la mayor parte de los países que han adoptado leyes al respecto sancionan a quienes comercializan y producen pornografía infantil. *¿Pero qué hay respecto de aquellos que consumen el producto? ¿Debe la ley hacerse cargo de las miserias humanas, sancionando criminalmente a quien experimenta gozo con este material? ¿Es imprescindible sancionar al consumidor, porque de ese modo se desalienta también la producción de este tipo de contenidos?* Las respuestas tampoco son uniformes al respecto.

Aunque se ha avanzado significativamente en la senda de poner atajo a la producción y comercialización de pornografía infantil, especialmente en Internet, aún resta camino por avanzar y acuerdos por construir, los cuales deben moverse por un sinuoso entorno, en el cual confluyen aquellos hechos inequívocamente reprochables con otras conductas de más dudoso carácter, alguno de los cuales son claros ejemplos de manifestación artística y, con ella, de la libertad de expresión.

# Investigación policial e Internet.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 1 de julio de 2008, bajo el título "Investigación policial e Internet ante las leyes de privacidad".

EN JUNIO RECIÉN PASADO, UNA ASOCIACIÓN DE USUARIOS DE INTERNET FORMULÓ UNA denuncia pública en contra de la Policía de Investigaciones de Chile. La reclamación pone en evidencia el desconocimiento que aún pesa sobre nuestras instituciones para hacerse cargo de la investigación y represión de los delitos que suceden en la Red.

A fines del año 2007, a través de un blog diversos usuarios intercambiaron opiniones respecto de presuntos daños en las instalaciones de una empresa, lo que gatilló que ésta iniciara acciones criminales. A raíz de la investigación de estos hechos, la policía solicitó al administrador del blog que entregara información personal de cinco de tales usuarios, ya que ello le permitiría eventualmente recabar más información para dar con los responsables del hecho. La solicitud de la policía no contaba con una orden judicial específica.

Lo paradójico es que Chile tiene desde el 2004 una ley que establece bajo qué condiciones se puede acceder a información de los usuarios de la Red o solicitar colaboración a los prestadores de servicio de Internet con motivo de una investigación criminal. Las normas procesales son claras; sin embargo, el proceder de la Policía de Investigaciones las ha pasado por alto.

Sin entrar en los pormenores del caso, lo extraordinariamente inusual es que la policía haya solicitado la información de los usuarios sin seguir el conducto regular. Naturalmente, en Chile, el prestador de servicio de Internet está obligado a conservar registros de conexiones a Internet por cierto plazo de tiempo, lo que de manera eventual puede permitir la identificación de un usuario; sin embargo, dicho registro no es de acceso público, sino que está disponible, previa orden judicial, para la investigación de crímenes, bajo las condiciones que establece la ley.

La denuncia es preocupante, cuando menos en dos sentidos, pues pone en riesgo los derechos de los usuarios a los cuales se refiere la información y, a la vez, pone en evidencia un proceder policial al margen de la ley.

Efectivamente, los usuarios de Internet tienen una cierta expectativa de privacidad, la que no puede ser quebrantada, salvo en casos calificados. Un caso calificado puede serlo la investigación de un hecho delictivo. Sin embargo, en tal situación debe seguirse un cierto procedimiento que garantice que no se afectarán innecesariamente los derechos de las

personas. Por ejemplo, que la información sólo dirá relación con personas respecto de las cuales se sigue investigación criminal respecto de delitos de cierta gravedad y previa orden de un tribunal, el cual se encarga de evitar cualquier atisbo de arbitrariedad en la investigación policial.

En este mismo sentido, según lo ya mencionado, la situación evidencia un proceder policial al margen de la ley. Los organismos públicos deben actuar conforme la ley, de otro modo no sólo quebrantan el orden público, sino que se resiente la credibilidad en las instituciones y siembran la incertidumbre entre los ciudadanos sobre cuáles son los límites en su actuar.

Es de esperar que estos hechos sólo sean una situación esporádica –y no un síntoma sistemático– que evidencia el desconocimiento que aún existe entre los organismos policiales respecto de cómo proceder en la investigación y represión de los delitos que suceden en Internet, o que simplemente dejan rastros en ella.

Si los procedimientos vigentes resultan inapropiados para la investigación y represión de la delincuencia a través de Internet, debe modificarse la ley. Pero una vez modificada la ley, los organismos policiales son los llamados a hacerla cumplir. Si, en cambio, por razonables que sean sus propósitos, estos organismos pasan por alto o infringen la ley, no sólo comprometen seriamente los derechos de las personas, sino que, además, ponen en entredicho principios esenciales al sistema democrático.







# Políticas públicas para la propiedad intelectual e Internet.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 17 de abril de 2008, bajo el título "Propiedad intelectual e Internet: políticas públicas a futuro".

TODA REGULACIÓN, DESDE LA QUE REGULA EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO HASTA LA DE derecho de autor, requiere estar en equilibrio con todos los intereses que están involucrados.

Esto, que debiera ser básico y fundamental en un régimen democrático, hoy pareciera ser un requerimiento difícil de cumplir por parte de nuestros gobiernos. Paradójicamente, muchas de estas iniciativas se toman considerando lo que los gobiernos han considerado interés público.

Así, mientras resultaría escandaloso que una regulación pública de telecomunicaciones no equilibrara los intereses del público y los intereses de las empresas que proveen servicios de telecomunicaciones, no suele suceder lo mismo cuando se trata de derechos de autor y tecnología.

La creciente importancia de las empresas de tecnología en la economía mundial ha supuesto una influencia muy relevante en la forma en la que estas nuevas tecnologías son reguladas, particularmente en países del tercer mundo. Así, nuestras regulaciones han terminado muchas veces haciendo oídos sordos respecto de las presiones de la sociedad civil en materias de derecho de autor, a través de normativas que no respetan los principios fundamentales de equilibrio entre intereses que debieran gobernarlas.

En este contexto, en los últimos días hemos visto cómo el Departamento Nacional de Planeación colombiano presentará para la aprobación del Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES) un documento que pretende sentar las bases para la regulación futura del tema en Colombia. La filtración de este documento ha gatillado el evidente malestar de la sociedad civil colombiana respecto de la opción que parece haberse tomado desde la administración central, perfectamente alineada con los intereses corporativos de grandes empresas del entretenimiento, que entiende el derecho de autor sólo como una herramienta de control y restricción de derechos de propiedad intelectual de cuya titularidad aquéllas gozan.<sup>16</sup>

<sup>16</sup> Finalmente este documento fue aprobado en julio de 2008 y se ha convertido en guía de política pública en Colombia.

Es en el contexto de esta reacción de la sociedad civil donde queda de manifiesto la necesidad de establecer normas equilibradas respecto de temas tan sensibles para nuestra cultura como son los derechos de autor. Es que un sistema equilibrado de derechos de autor no necesariamente permite el ejercicio de derechos relativos a la libertad de expresión, los derechos de acceso a los bienes culturales o aquellos que tengan que ver con el interés público. Un sistema equilibrado, además, permite el desarrollo de nuevos modelos de negocio basados en las posibilidades colaborativas de Internet.

Es así como el mandato a los gobiernos debe ser fuerte y enérgico respecto de las opciones de política pública de derechos de autor, las que deben ir mucho más allá de la mera represión punitiva y la sobre-regulación de derechos patrimoniales, sino que debe ir de la mano con una opción política que dé luz verde a nuevas iniciativas, tanto empresariales como también a aquellas derivadas del acceso a los bienes culturales y al conocimiento.

Una propuesta pública en materia de derechos de autor debiera suponer una apuesta por el desarrollo del país al futuro y no la preservación de modelos de negocio vetustos, que no se avienen a las nuevas realidades que suponen la masificación de Internet. Sólo así podremos estar seguros de tener en nuestros países una regulación que mire al futuro y que pueda servir como una herramienta de inclusión social y democracia.

# La cola larga y la economía de lo gratuito.

**Claudio Ruiz Gallardo**

» Una versión reducida de este artículo fue publicada en *Pymesprácticas*, sobre temas y tendencias en Tecnología de la Información y Comunicación en América Latina y el Caribe, el 2 de enero de 2008.

**CHRIS ANDERSON** ES DE AQUELLOS QUE HAN ACUÑADO CONCEPTOS QUE HAN SOBREPASADO a su autor. En octubre de 2004, una columna suya en la conocida revista *Wired* acuñó el concepto de “*The Long Tail*” para hacer referencia al nuevo modelo de negocio que explica el éxito de compañías como Amazon o Netflix.

El concepto “*the long tail*” apunta a relevar que el dinamismo de Internet aplicado a las empresas supone la existencia de dos mercados claramente diferenciados. El primero, que responde a normas de mercado tradicional, se sostiene a partir de la venta de pocos productos de alto rendimiento, de superventas como best sellers. El segundo, que aparece de la mano con Internet, es uno basado en la acumulación de todas las pequeñas ventas de muchos productos, que sorprendentemente puede igualar o superar al primero. Eso es lo que se conoce como la cola larga, o *the long tail*, precisamente por cómo se ve reflejada esta tendencia en un gráfico, mostrando que muy pocos productos son los que más se venden, pero que existe una larga cantidad de artículos de los cuales sólo se vende una cantidad marginal, pero que todos éstos suman un conjunto de ventas igual o superior al número de los más vendidos.

Este segundo mercado explica el modelo de negocios de Amazon.com, el cual está cimentado en más de un 57% por la venta de productos que habitualmente se encuentran descatalogados en tiendas tradicionales y que no responden a la lógica de best sellers a los que acostumbrábamos. Es decir, en un porcentaje importante Internet ha supuesto el cambio de paradigma de reglas que se consideraban canónicas en el mercado de productos y esto da paso a un mercado de los commons o de bienes gratuitos.

La lógica tras la cola larga no supone la muerte de los sistemas tradicionales de comercialización, ni menos que la única forma de enfrentar el proceso de desarrollo empresarial en Internet deba basarse en ofrecer productos para pequeños nichos. Menos significa invertir grandes sumas en mantener grandes stocks. Muy por el contrario, esta idea ha tenido aplicaciones, además de en los campos de la economía, en el análisis de determinados comportamientos relativos a ciencias sociales, e incluso explicando fenómenos televisivos y gastos en publicidad.

Lo relevante tras los conceptos planteados por **Anderson** es que nos enseñan a mirar los fenómenos tecnológicos desde otra óptica. Donde antes los inversionistas veían sólo sombras y escasa aplicación de los principios tradicionales a Internet, hoy es posible apreciar grandes oportunidades para pequeños emprendimientos. De otra forma no se explica el nacimiento de Youtube, Google y Facebook, sólo por dar algunos ejemplos. Por otro lado, donde la normativa tradicional sigue viendo delitos y criminalidad, pareciera ser más sensato ver razones y comportamientos diferenciados.

Las aproximaciones de **Anderson** parecen ser en definitiva un puente, un pequeño catálogo, para entender, desde la distancia, la lógica del futuro.

# El futuro de la descarga de música.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 12 de marzo de 2008, bajo el título "Los nuevos usos en la descarga de música por Internet".

DIGÁMOSLO ASÍ. SUPONGAMOS QUE USTED Y YO SOMOS AMANTES DE LA MÚSICA. ADEMÁS, suponga que nuestra banda favorita ha sacado un nuevo disco. Hace quince años atrás, la única forma de vencer la ansiedad por conseguirlo era esperar a que la tienda de discos de siempre decidiera importarlo. Lo que sucede hoy es que ya no depende de la tienda de discos, parece depender de la banda misma. Así, si bien para conseguir el disco siempre tenemos la opción de descargarlo a través de Internet, esta vez supongamos que es la propia banda la que nos entrega opciones, que van desde los cinco dólares por acceder a los archivos, hasta trescientos dólares para adquirir una edición de lujo que incluye un disco de vinilo autografiado. Miel para los fans.

Según indica el manoseado sentido común, o lo que diría el famoso hombre medio empírico, la mejor alternativa es la descarga gratuita a través de algún sitio en Internet. Ir directo a The Pirate Bay y ahorrarnos problemas. Indica el sentido común que todos quienes quisieran conseguir el disco, lo conseguirían a través de los sistemas de descarga, muchos de ellos ilegales, que existen en la Red. Fuera de todos estos supuestos, esta semana el grupo norteamericano Nine Inch Nails ha decidido hacerse cargo de la distribución en formato digital de su último trabajo al que denominaron Ghosts I-IV, ofreciendo la posibilidad de conseguirlo a través de descarga directa a un precio mínimo de cinco dólares por el disco completo y la opción de compra de la versión Super Deluxe limitada y autografiada por trescientos de la divisa norteamericana. En menos de veinticuatro horas, y más allá de cualquier ejercicio de suposiciones económicas, se agotaron los 2.500 ejemplares disponibles de dicha edición.

Lo que ha hecho Nine Inch Nails no es sino un paso más allá de lo ya experimentado en el archi comentado lanzamiento del *In Rainbows* de Radiohead y los últimos videos publicados por R.E.M.. Lo que podemos apreciar es un movimiento audaz y lúcido de músicos que hace rato dejaron de navegar en las aguas del underground y que están todavía más lejos de ser simples amateurs con ansias de promoción. En una de las últimas ediciones de *Wired*, el propio **David Byrne** traía a colación que en algún momento el negocio de la música pasó a transformarse en el negocio de la venta de plástico con contenido musical, y pareciera ser que es precisamente ese modelo de negocio de explotación musical el que está mostrando sus últimos estertores, a través de iniciativas como la de Nine Inch Nails o Radiohead.

Pero el paso adicional que ha dado el grupo liderado por **Trent Reznor** se ilustra por las condiciones en las que ha puesto a disposición su último disco. Porque no basta con situar la música a disposición del público en Internet. Tanto así, que cuando Radiohead permite incluso la descarga gratuita de su disco no queda claro para quiénes queremos descargarlo, qué podemos y qué no podemos hacer con él. Y la pregunta está lejos de ser irrelevante, puesto que no obstante autorizar la descarga enviando un enlace a través del correo electrónico, los usuarios no somos informados si podemos grabarlo en un disco compacto, si estamos autorizados a hacer reproducciones de ese archivo que hemos descargado en diferentes computadores, si podemos pasarle el archivo a nuestro amigo que no tiene conexión a Internet, ni tampoco si podemos subir el volumen de nuestros parlantes al máximo y de esa forma disfrutar del excelente *In Rainbows* con nuestros padres y amigos. El solo envío del archivo no nos dice más que eso, tome y descárguelo. En estricto rigor, ni siquiera nos autoriza a darle al *'play'*.

Así como el derecho de autor ha supuesto históricamente –y con muchísima razón, por lo demás– que existen usos de una obra que no van a estar regulados por la ley, tales como vender un libro usado o dormir sobre un disco compacto, la nefasta tendencia a la sobreprotección y sobre-regulación de estos derechos lleva al absurdo que si nos atenemos al texto de nuestras leyes de derecho de autor, probablemente sea ilegal pasar el disco compacto a archivo MP3. Y es precisamente acá donde se distingue la decisión de Radiohead de la puesta a disposición del último disco de Nine Inch Nails. Mientras Radiohead nada dijo sobre lo que podemos o no hacer con los archivos descargados, Nine Inch Nails lo aclara licenciando el disco con Creative Commons, permitiendo reproducciones y adaptaciones, siempre que no sean con fin de lucro.

Pareciera ser que el próximo paso en este novedoso camino seguido por músicos de todo el mundo es determinar las condiciones con las que dejan su música a disposición nuestra en Internet. Porque mientras la industria tradicional de la música ha dedicado buena parte de su presupuesto a demandar en tribunales a gente como usted o como yo por compartir música a través de sus computadores –y a tratar de convencernos mediante costosas campañas publicitarias que descargar por Internet es similar a robar autos, casas y joyas-, los músicos, los artistas parecieran estar comenzando a entender que de lo que se trata no es de proteger un obtuso concepto de propiedad privada, sino la oportunidad que entrega Internet para la difusión y distribución del conocimiento y la cultura. Mientras la industria tradicional de la música sigue anunciando la caída sostenida en la venta de discos y la crisis de la industria, hoy tenemos más recitales y conciertos que nunca antes. Mientras nos intentan convencer que estamos en crisis terminal y que la música se muere, Nine Inch Nails gana más de 750.000 dólares en menos de 24 horas. Y sin poner disco alguno en las estanterías.



# La monetarización de la piratería.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 14 de noviembre de 2008.

YOUTUBE COMENZÓ EN 2005 COMO UNA AVENTURA EN SOLITARIO DE LOS ENTONCES PAR DE empleados de la compañía de pagos en línea PayPal. Incluso antes de su compra en 2006, en más de mil millones de dólares por parte de Google, la compañía era considerada el gran repositorio universal de contenido audiovisual del mundo. Si Google es de facto la puerta de entrada para encontrar contenido en las páginas webs que pueblan la Internet, Youtube es de facto la puerta de entrada para encontrar contenido audiovisual.

Si bien esto ha constituido un salto sideral en lo que al acceso se refiere, no ha estado exento de problemas derivados del legítimo resguardo de los derechos de autor. Los titulares de los derechos televisivos de la Liga Inglesa de Fútbol y Viacom iniciaron demandas judiciales en contra de la compañía por daños producidos a raíz de la exhibición pública de videos en detrimento de los derechos patrimoniales de sus titulares. Sin ir más lejos Viacom (dueña, entre otros, de los derechos sobre MTV, Nickelodeon y Comedy Central) en su demanda exige más de mil millones de dólares como reparación por daños, además del listado de los usuarios de YouTube y del código fuente que hace posible su funcionamiento.<sup>17</sup>

Como todas las cosas, muchas de estas pretensiones son perfectamente legítimas y responden a formas que entrega la ley –norteamericana, en este caso– para que los titulares puedan defender sus derechos frente a las utilizaciones no autorizadas de material protegido por parte de terceros, tal como acontece en el caso de Viacom.

Sin embargo, al mismo tiempo, en ciertos casos la reacción de ciertos titulares muchas veces supone la utilización de los medios legales para fines menos legítimos. Así, el caso **Lenz**, donde Universal solicita la bajada del video de un menor de edad que baila un imperceptible “*Let’s Go Crazy*” de **Prince**, puso en tela de juicio cómo estos titulares de derechos utilizan las herramientas del derecho de autor para combatir utilizaciones legítimas por parte de la gente.

El crecimiento sostenido de los derechos de autor en el mundo entero en detrimento de los derechos del público, como los usos incidentales o justos, ha hecho que los derechos de autor se conviertan en un instrumento para combatir, además de la piratería, los usos justos, la competencia y hasta los discursos críticos.

<sup>17</sup> Google y Viacom llegaron a un acuerdo que supone la protección de los datos personales de los usuarios de Youtube, además de implicar también a otros involucrados, como la Liga FA, entre otros.

Durante estos días se ha hecho público el acuerdo entre la Metro Goldwin Meyer y YouTube para comenzar un progresivo aunque en principio tímido programa de subida de contenidos completos a la red de propiedad de Google. Lo interesante del acuerdo no es que sea único en su tipo. Sin ir más lejos, HULU.com desde hace un tiempo ofrece contenido completo de Fox networks, NBC y CBS, para sus clientes dentro de Estados Unidos. Lo atractivo resulta ser la forma distinta en la que la industria del espectáculo observa fenómenos como YouTube. Mientras hasta hace sólo algunos meses su proliferación significaba, según ellos, la muerte de los derechos de autor en manos de malvadas corporaciones, hoy se transforman en socios comerciales.

Mientras en Chile algunos insisten, con balbuceos ininteligibles y mediante argumentos que parecen sacados de película de ciencia ficción, que los proveedores de Internet deben responder por las infracciones a los derechos de autor que se hacen a través de sus redes, de a poco el mundo del entretenimiento pareciera ir avanzando en una dirección firme y clara hacia considerar a servicios tales como YouTube sus socios comerciales. La buena noticia es que los beneficiados, por primera vez, no son sólo las empresas, sino que son los derechos de acceso de todos nosotros.

# Paulo Coelho es un pirata y aumentan las ventas de sus libros.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 11 de febrero de 2008, bajo el título "Paulo Coelho, pirata de sus propios libros en la web".

**PAULO COELHO** ES EL ESCRITOR DE HABLA PORTUGUESA CON MÁS LIBROS VENDIDOS DE todos los tiempos. Más que **Jorge Amado**, más que **Pessoa**, e incluso más que el Nobel **José Saramago**. **Coelho**, querámoslo o no, es uno de los escritores más importantes de la región.

**Coelho** sabe perfectamente de su negocio. Así, sus libros han sido traducidos a una cantidad importante de idiomas y es invitado a dar charlas a distintas ferias y eventos en todo el mundo. Desde hace un tiempo, **Coelho** también se ha dedicado a navegar e investigar lo que sucede en Internet, en particular en lo referente a los cambios que esto pudiera suponer en la industria editorial, en su negocio.

Un par de años atrás, una sobrina del escritor brasileño le mostró cuán fácil era encontrar en Internet más de trescientas obras suyas escaneadas desde el formato papel en distintos idiomas. En forma gratuita y gracias a los beneficios de las redes de distribución. En lugar de suponer que todo esto era un gran robo y que, por tanto, era necesario tomar medidas urgentes para evitar que se siguieran cometiendo estos ilícitos, **Coelho** hizo precisamente lo contrario. Buscó con aún más energía y logró bajar versiones electrónicas de todos sus libros. Los almacenó en su disco duro y comenzó la tarea de subirlos a la web. Gratis, casi como un experimento.

**Coelho**, que está lejos de ser un escritor a quien no le interesen los derechos autorales –mal que mal, así se gana la vida-, supuso que cada descarga de Internet de sus libros no significaba necesariamente una venta menos de los ejemplares de las librerías. Además está decir que, al contrario de lo que sucede con el robo de un libro, caso en el que el ladrón se queda con un ejemplar y la librería con uno menos, en el caso de las descargas de ejemplares vía Internet se da una paradoja interesante: por más que se descarguen los libros, las estanterías de las librerías, con **Coelho** sonriendo en gigantografías, se mantienen intactas.

A mayor abundamiento, el brasileño bautizó como *Pirate Coelho* el sitio web donde personalmente se encargó de poner a disposición del público sus libros en formato electrónico. Y el resultado, de técnicamente 'piratear' sus libros, ha sido fabuloso para él: en lugar de disminuir la venta de sus libros, ha aumentado. Donde antes vendía mil libros, ahora vende diez mil. Pareciera ser que la experiencia de la lectura en la pantalla de un computador

es bastante menos placentera que aquella tradicional forma en la que –quizás fetichis- tamente– enfrentamos la lectura de libros. El olor, la forma, la portabilidad, talvez son elementos sustanciales a la experiencia de lectura que la versión electrónica hasta hoy no nos puede dar. Luego, accedemos a contenido gratuitamente en Internet y, si nos gusta, partimos a nuestra librería de siempre a adquirir el ejemplar físico.

Las lecciones de todo esto son claras. Las normas de propiedad intelectual que actualmen- te nos rigen, sostienen que lo que ha hecho **Paulo Coelho** es un ilícito. Que es contrario a la ley, a pesar de producir beneficios económicos a toda la cadena de producción del libro, incluyéndolo a él. Mientras nuestros autores exploran alternativas 'piratas' de distribución de contenido, nuestros legisladores siguen analizando cómo pueden detener las descargas por Internet, dados los inmensos perjuicios que sufre la industria tradicional. Pareciera ser que es hora de mirar en serio el futuro y cómo queremos que nuestras industrias culturales evolucionen y se adapten a nuevos sistemas de distribución. La criminalización y la extensión desenfadada de los derechos patrimoniales de autor, en el entorno digital, no parece ser una buena forma de empezar.

# ¿Por qué los fans de Harry Potter tienen razón?

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 21 de enero de 2008, bajo el título "J.K. Rowling demanda a editorial por diccionario sobre Harry Potter".

**J. K. ROWLING** HA SIDO CONOCIDA POR SU CELO A LA HORA DE PROTEGER EL FUTURO DE LAS aventuras del joven mago **Harry Potter** en la saga del mismo nombre. Así, por ejemplo, hace algunos años atrás, casi pierde el vuelo que la llevaría de Nueva York a Londres por negarse a enviar el manuscrito con las aventuras del séptimo tomo de **Harry Potter** junto con el equipaje, contrariando así las estrictas normas de seguridad que, a semanas del once de septiembre, asolaban los aeropuertos estadounidenses. Había que precaver cualquier filtración sobre el futuro del mago de gafas redondas.

Es que la saga de aventuras creada por **J. K. Rowling** muestra unas cifras impresionantes. Así, más de 325 millones de ejemplares han sido adquiridos por fans de todo el mundo queriendo seguir la suerte de Potter, incluyendo un récord británico al venderse 2.6 millones de ejemplares en 24 horas: más de 1.800 libros por minuto. Los cálculos sobre el valor de la marca **Harry Potter** van muchísimo más allá, superando según algunos, los cuatro mil millones de dólares, incluyendo marca de ropa, caramelos, figuras de acción y chocolates. Cifras que por cierto llevan a los titulares a resguardar por todos los medios legales al alcance los eventuales beneficios económicos vinculados a la saga ideada por la escritora británica, incluyendo –por cierto– los derechos de autor.

Pero las cifras anteriores tienen efectos más allá de los que pudiera prever la industria editorial. El éxito de las historias de Potter promovió la aparición de fanáticos que llevan disfraces similares a personajes del libro, llenan las salas de cine en los estrenos de las películas, y realizan actividades entre otros fanáticos para compartir experiencias en torno a la obra de **Rowling**. Fanáticos un poco más familiarizados con las nuevas tecnologías también han creado sitios webs alusivos a la saga y algunos más ingeniosos aún, crearon una gran enciclopedia en línea de **Harry Potter**, donde hacen sofisticadas caracterizaciones de cada uno de los personajes de la historia, además de vínculos entre episodios y relaciones de otras obras literarias con la fauna creada por la escritora inglesa.

HP Lexicon es uno de los más importantes sitios webs creados en torno a la historia de Harry Potter y lista hasta el más mínimo de los eventos relacionados en torno al mago de gafas. La cantidad de información es tal que hace algunos meses anunciaron la aparición en formato papel de los datos recopilados durante todo este tiempo a través de Internet.

A **J. K. Rowling** la noticia no le hizo mucha gracia y un ejército de abogados fue a la caza de la editorial RDR Books para evitar que este libro saliera al mercado. ¿*La razón?* Cómo no, derechos de autor.

Como es fácil percatarse, el asunto tiene ribetes que van muchísimo más allá que la mera publicación de una edición literaria, tanto así que el caso ha motivado la participación del Center for Internet and Society de la Universidad de Stanford, sin contar con las columnas en diarios y revistas especializadas de expertos en el tema, como el profesor **Tim Wu**.

**J. K. Rowling** tiene derechos sobre la explotación de **Harry Potter**, derechos que además tienen carácter de exclusivos. Pero los derechos que la ley le entrega están pensados en la posibilidad de fomentar la creación de otras obras intelectuales, no para inhibir la creatividad futura. Es por eso que el derecho de autor protege la expresión formal de la idea y no la idea en sí. La idea de un mago adolescente no está protegida por derecho de autor. Así como tampoco la idea de realizar un Léxico o diccionario de las aventuras de **Harry Potter**.

Un derecho de autor para el siglo XXI debiera enfrentar las posibilidades que entrega la tecnología como una gran ventaja para el fomento de la creatividad. Estas obras que se crean a partir de obras intelectuales protegibles –antes del Lexicon de **Harry Potter** existía la LostPedia sobre una serie televisiva de moda, un diccionario sobre las obras de **Borges**, mañana existirá un compilado de personajes de la obra de **García Márquez**, etc.– son también obras dignas de protección. Un derecho de autor equilibrado es un derecho que estimula y que no inhibe la creación intelectual de sus ciudadanos. Los rumbos del derecho de autor en el último tiempo han llevado a un derecho de autor desequilibrado que es necesario volver a pensar, para que se transforme en una herramienta para el desarrollo de la creatividad, objetivo que nunca debió olvidar.

# Espiando a los usuarios: la nueva estrategia pro-copyright.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 8 de septiembre de 2008.

SUPONGA USTED QUE SE REUNIERA LA POLICÍA DEL PAÍS Y ASEGURARA QUE LOS MAYORES índices de consumo y tráfico de drogas duras se hace dentro de los hogares. Asegurarían, presumiblemente, que ello hace muy complicada la persecución de estos ilícitos. Claro, la intimidad y esas cosas extrañas llamadas derechos fundamentales son siempre problemas para poder capturar a los delincuentes.

Frente a esta realidad, se reúne con otras instituciones, incluidas aquellas pro-familia y acuerdan que la mejor forma para poder pesquisar dicho tráfico –y además evitar la desintegración de las familias del país por el flagelo de la droga– es comenzar a monitorear con cámaras ocultas lo que sucede en las oficinas de empresas privadas, baños y camarines de clubes deportivos, y en las salas de estar y comedores de todos los hogares del país. Ahora suponga que eso no lo quiere hacer la policía, sino que un grupo de privados.

Probablemente lo anterior suene raro, abusivo y hasta orwelliano, diría alguno. Hay una buena y una mala noticia respecto de esto. La buena, es que una vez más la literatura demuestra su poder para adelantarse a lo que sucederá en la sociedad. La mala noticia, naturalmente, es que lo que acabo de parafrasear podría estar ocurriendo, y para proteger un bien jurídico infinitamente menos relevante que la lucha contra la droga. Menos relevante sin duda, pero económicamente rentable para muchos: las descargas a través de Internet.

Así es como la semana recién pasada se reunieron en Aspen, Colorado, representantes de los más importantes titulares de derechos de autor, esto es, productores fonográficos y multinacionales de la música y el espectáculo comandados por Warner, la RIAA y la MPAA. La industria pretende establecer alianzas con los proveedores de acceso a Internet con el fin de filtrar el contenido que circula a través de la red y de esta forma dar un golpe de efecto a la creciente y desastrosa –según sus propios cálculos– proliferación de las descargas de contenido protegido por derecho de autor.

Lo anterior no es sino una demostración de dos hechos fundamentales en la lucha contra la piratería en Internet. El primero, es que es claro que todas estas decisiones comerciales no responden necesariamente a proteger a los autores. Quienes promueven estas medidas representan intereses más bien comerciales que artísticos, resulta natural y obvia la reunión entre dichos intereses y los intereses de quienes proveen conexiones a Internet.

Más aún cuando ellos mismos se han ido transformando, a su vez, también en proveedores de contenidos. El segundo hecho fundamental que queda al descubierto, es que para esta industria –que por cada día que pasa ve cómo se desmorona tras de sí un modelo de negocio que los sustentó durante más de un siglo– la persecución de infracciones a derechos de autor debe hacerse a como dé lugar, sin importar otros derechos civiles, como lo son la privacidad o la inviolabilidad de las comunicaciones privadas.

En un mundo donde las grandes industrias que gestionan derechos de autor se han transformado en importantes grupos de presión y ostentan un poder económico que es capaz de intimidar a los gobiernos más probos de la región, los grandes perdedores de esta lucha son quienes han tenido menos oportunidades de opinar y accionar: el público. Para nuestra sociedad resulta importante proteger los derechos de autor, que son sin lugar a dudas claves para la preservación de la cultura. Pero cuando esta necesidad de sobreprotección pretende destruir a su paso la construcción republicana de los derechos fundamentales, en pos de la preservación de privilegios comerciales, es el momento de reestudiarlos y reestructurarlos en forma severa y radical.



# Pirámides y vestigios faraónicos bajo copyright.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 4 de enero de 2008, bajo el título "Egipto pretende aplicar copyright a pirámides y faraones".

CON EL PROPÓSITO DE ALENTAR LA PRODUCCIÓN CREATIVA, EN LOS ALBORES DE LA imprenta, surge el derecho de autor o copyright. Mediante él, se otorgaba a los creadores –músicos, escritores y artistas en general– un monopolio: el derecho exclusivo a explotar económicamente su obra. Se trataba de estimular la creatividad garantizando a los autores la posibilidad de obtener beneficios de su labor.

Al mismo tiempo, era evidente la necesidad de poner ciertos límites a estos derechos monopólicos, a fin de garantizar también el derecho de todas las personas a participar de los progresos de las ciencias, las artes y la cultura. De entre esos límites el más usual es fijar un plazo de vigencia para los derechos, transcurrido el cual la protección termina y cualquier persona podrá hacer uso de la obra, sin necesidad de requerir autorización del titular de los derechos

Aun cuando los Estados son libres para determinar el plazo de protección que se brinda a los creadores, existen acuerdos internacionales sobre la materia. De entre estos el más famoso es el Convenio de Berna, que invita a los Estados a adoptar un plazo de protección mínimo de cincuenta años contados desde la muerte del autor. En los hechos esto garantiza al autor la posibilidad de explotar su obra durante toda su vida y aún por la de sus herederos.

Sin embargo, progresivamente los Estados han extendido los plazos de protección más allá de lo previsto en Berna. A fines de los noventa, Estados Unidos pasó de 50 a 70 años, a través de la Copyright Term Extension Act, también conocida como Mickey Mouse Act, por el fuerte patrocinio que recibió de Walt Disney, a fin de evitar que su principal personaje animado pasara al dominio público y, por consiguiente, dejara de percibir los réditos de su explotación comercial. Lo propio ya había hecho la Unión Europea. Aunque hay países que han ido aún más lejos, así Colombia y México, que han llevado la protección a los 80 y 100 años, respectivamente.

Como si la extensión de plazos resultara menor, ya al finalizar el año 2007 una noticia sobre el tema ha recorrido el planeta. Se trata de la pretensión egipcia de establecer derechos exclusivos sobre las copias de las pirámides, efigie y demás vestigios faraónicos, so pretexto de lograr de este modo el financiamiento necesario para la preservación de tales

obras. En los hechos, se trata de establecer un verdadero derecho de autor respecto de obras con más de tres mil años contados desde su creación.

Más allá de la eficacia que una propuesta legal como la sugerida pueda tener fuera del propio Egipto –en el desafortunado caso de ser adoptada–, la situación llama a reflexionar sobre dos temas: uno, la pretensión de ciertos museos y centros documentales de sustraer del dominio público ciertas obras atribuyéndose derechos sobre ellas, con el pretexto de financiar sus cometidos institucionales y, dos, la desmesurada pretensión de extender los derechos de autor al infinito. Veamos esto.

Si se mira con atención la intención egipcia, podremos reparar que ella apunta a legalizar una práctica perversa, cual es la apropiación de las obras de dominio público. Una práctica que, al margen de la ley, se ha adoptado en no pocos museos, bibliotecas y centros de documentación. Mediante ella, por ejemplo, se distribuyen copias de las antiguas obras incluidas en su catálogo bajo copyright o esgrimiendo todos los derechos reservados. Esta práctica, reñida con los fines y principios de la ley, frecuentemente se justifica en la necesidad de solventar los costos institucionales; sin embargo, de paso, liquida el patrimonio cultural común a toda la humanidad. Por supuesto, una práctica repudiable que no contribuye a acercar la cultura a la gente, sino a poner más distancia entre ambas.

Pero la descabellada pretensión egipcia no está sola; tiene precedentes. En su día, **Sonny Bono**, el músico y congresista estadounidense que abogó por la ampliación del plazo de vigencia del copyright, alegó que éste debía ser eterno. De este modo, los creadores y toda su descendencia podría gozar de los beneficios del acto de creación y, de paso, impedir el libre disfrute de la cultura por otros. Así, bajo tal lógica, los herederos de **Homero** y **Platón**, los de **Copérnico** y **Newton**, así como los de **Darwin** y **Freud**, por mencionar algunos, podrían disfrutar de los frutos derivados de la creación de sus antepasados.

Esa desproporcionada pretensión –de los derechos de autor eternos– por fortuna no ha tenido reconocimiento legal. Por fortuna para la creatividad, que no ve hipotecado su abrevadero; por fortuna para los pueblos, que no ven comprometido su desarrollo; por fortuna para las personas, que aún gozan de un bastión –alicaído, dicho sea de paso– para concretar el derecho a ser partícipes de los progresos de las ciencias, las artes y la cultura.

# Propiedad intelectual y discapacidad.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 3 de noviembre de 2008. Una versión breve de este artículo fue también publicada en el diario La Tercera, el 1 de noviembre de 2008, bajo el título de "Propiedad intelectual, discapacitados y acceso".

LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE CIEGOS HA PREPARADO RECIENTEMENTE UN BORRADOR DE tratado internacional para armonizar la regulación de la propiedad intelectual con las necesidades propias de un grupo de personas: los discapacitados visuales. La iniciativa será presentada esta semana al comité especial sobre derechos de autor de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), donde se espera su respaldo por los distintos países que integran el mencionado organismo internacional.<sup>18</sup>

De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud, en el caso del continente Americano, hay ochenta y cuatro millones de personas con discapacidad, y en el caso de América del Sur, la cantidad se encuentra entre un 7% y 10% de la población total. De ellos, la mayor parte tiene serios inconvenientes para disfrutar a cabalidad de la lectura, ya sea por impedimentos visuales o motrices.

Sin acceso a la lectura por medios convencionales, las personas discapacitadas han debido recurrir a mecanismos alternativos, tales como el sistema Braille y la grabación de audio de textos, en el caso de los discapacitados visuales. A través de dichos mecanismos, se trata, en último término, de garantizar a la población que sufre discapacidad visual el acceso a las obras artísticas e intelectuales.

Pero el acceso por las personas discapacitadas se ve obstaculizado por la ausencia de normas apropiadas en la ley de propiedad intelectual que les permita un uso adecuado de las obras, obligando a una burocrática, onerosa y agobiante gestión de derechos de autor. Precisamente por ello, varios países han incluido en sus leyes excepciones y limitaciones al derecho de autor, mediante las cuales se autoriza a las personas discapacitadas para usar apropiadamente las obras, sin necesidad de solicitar permiso del titular de los derechos de autor, ni pagar por tal uso.

La iniciativa de la Unión Mundial de Ciegos insta a los países miembros de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual a tomar medidas que garanticen en todos los

<sup>18</sup> La propuesta fue presentada durante la sesión de noviembre de 2008 de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual y contó con el respaldo de países de África, Asia y Latinoamérica, incluidos Argentina, Chile y Uruguay. Sin embargo, contó con la oposición de Canadá, Estados Unidos, la Unión Europea y el Vaticano, entre otros. La propuesta continuará siendo discutida en las siguientes sesiones del mencionado organismo internacional.

países la aprobación de normas especiales en la ley de propiedad intelectual, para garantizar el acceso a la cultura a la población discapacitada.

Es de esperar que los distintos países brinden respaldo a la iniciativa de la Unión Mundial de Ciegos, que simplemente busca remover trabas injustas para lograr la plena inserción cultural y social de las personas discapacitadas.

# E-learning y propiedad intelectual.

**Juan Carlos Lara**

» Columna inédita . Juan Carlos Lara es investigador de ONG Derechos Digitales, su E-mail es: [juancarlos@derechosdigitales.org](mailto:juancarlos@derechosdigitales.org)

EL USO DE LAS REDES DIGITALES CON FINES EDUCATIVOS ES HOY UNA REALIDAD, UNA actividad en la que participan millones de personas en todo el mundo. Sin embargo, el potencial del e-learning todavía está lejos de ser alcanzado, y uno de los mayores obstáculos para ello se encuentra en las normas de derecho de autor.

Hoy en día, la tecnología ofrece ventajas para la educación que van mucho más allá del uso de computadores en las aulas. Las herramientas informáticas permiten una mayor flexibilidad en los modelos educativos, y gracias a Internet la distancia física se convierte en una barrera cada vez menos importante. Pero al mismo tiempo, los usos que la tecnología permite, aun con fines educativos, pueden significar infracciones a los derechos de autor.

Esto es así, porque el uso de obras protegidas en redes digitales implica, por un lado, la comunicación pública de esos contenidos cuando son puestos en Internet y, por otro, la reproducción de esos contenidos en distintos servidores y ordenadores. Tales usos en contextos educativos, sin mediar autorización legal, constituyen delito. Las alternativas son prescindir del uso de esas obras, o traspasar el fuerte costo de licenciar a la estructura de costos del programa educacional mismo, y con esto, al potencial estudiante. Lo cual no sólo encarece al e-learning, sino que implica una ventaja perdida frente a la educación presencial tradicional, en la que usos que tienen los mismos propósitos usualmente gozan de autorización legal.

Si bien la mayor parte de las legislaciones no han hecho frente a este problema, en algunos países se han establecido licencias obligatorias para estos usos, reduciendo los costos de buscar autorización para cada obra a usar (como sucede en Australia, Finlandia y Alemania). Por su parte, en los Estados Unidos, en el año 2002, se estableció una nueva excepción, que somete a fuertes obligaciones a las instituciones educativas autorizadas a hacer uso de esta autorización. Pero como contraparte, permite solamente utilizaciones en e-learning que reproducen a distancia el modelo de educación en el aula, aunque sin sus aspectos positivos como la interacción directa con el educador.

En la realidad latinoamericana, en tanto, el e-learning todavía se muestra eminentemente como una herramienta de capacitación, de adquisición de competencias prácticas para el

ámbito corporativo. Pero no es una alternativa explorada a cabalidad por la mayoría de las instituciones educativas tradicionales, como las universidades. Lo cual, al mismo tiempo, pone a estas entidades en seria desventaja competitiva frente a grandes universidades extranjeras, que entregan grados académicos a miles de kilómetros de distancia. Y es que trabas como las legislativas impiden un desarrollo de la educación en línea como alternativa válida a la educación presencial.

Los procesos educativos se construyen, necesariamente, sobre la base de conocimientos preexistentes. No poder acceder a su utilización debido a obstáculos legales, no solo incide negativamente en la industria educativa, al limitar su potencial campo de acción, sino que en definitiva impide un pleno desarrollo de la educación en nuestros países. Entender esta realidad es clave para asumir los cambios normativos que se necesitan.

# ¿Por qué una excepción para la ingeniería inversa de software?

**Alberto Cerda**

» *Columna inédita* .

EL SOFTWARE, ESE CONJUNTO DE INSTRUCCIONES PARA SER EJECUTADAS EN UN SISTEMA computacional, es una obra particularmente compleja, tanto por los problemas técnicos como legales que origina. Uno de ellos es el asociado a la ingeniería inversa.

Usualmente, el desarrollo del software se realiza mediante un lenguaje de programación, susceptible de ser comprendido por humanos, denominado código fuente. Sin embargo, será necesario compilar dicho código fuente para llegar a un archivo susceptible de ser comprendido por el sistema operativo del computador, el llamado código objeto o ejecutable.

Es importante tener presente que tanto el código objeto como el fuente de un software, en cuanto obra del intelecto, son protegidos por el sistema de derechos de autor o copyright. Esto implica que el titular de los derechos tiene el monopolio exclusivo sobre diversos derechos, entre ellos la posibilidad de introducir modificaciones en el software. Normalmente será la empresa desarrolladora del software la que introduzca modificaciones, o bien autorizará a terceros a practicarlas, usualmente a través de una licencia distinta de la que permite usar el programa, una licencia de desarrollo.

Sin embargo, parece poco razonable impedir que un usuario de un programa computacional deba obtener una licencia de desarrollo de la empresa titular de los derechos, cuando lo que pretende es simplemente introducir modificaciones necesarias para permitir el funcionamiento del software en un computador determinado, ya sea porque elementos del hardware u otro software impiden el adecuado uso del programa computacional. Es por ello que nuestras legislaciones –Brasil, Chile, los países de la Unión Europea y Comunidad Andina, Estados Unidos, entre otros– autorizan al legítimo adquirente de un programa, prescindir de autorización del titular de los derechos sobre un software a fin de introducir las modificaciones que sean necesarias a efectos de garantizar el funcionamiento del programa.

El inconveniente se suscita, a esta altura, en el hecho que tales modificaciones normalmente se llevan a cabo en el código fuente del software y en general el usuario no tiene acceso a él, sino sólo al código objeto o ejecutable. Por supuesto, este problema no tiene lugar cuando estamos ante software libre o de código abierto, pues en tal caso el código

de programación es accesible al usuario y éste puede lícitamente introducir las modificaciones que desee y aún distribuirlas a otros, con o sin fines comerciales, dependiendo del caso. No obstante, cuando el software es distribuido como privativo o de código cerrado, las restricciones de acceso al código fuente impiden al usuario hacer las adaptaciones necesarias para garantizar el funcionamiento del software en su sistema.

Es aquí donde surge la ingeniería inversa, vale decir, la posibilidad de pasar del código objeto al código fuente a través de mecanismos técnicos altamente sofisticados. Descompilando el software será posible reconstruir el código de programación y acceder a información sobre el desarrollo del programa que permita hacer efectiva la posibilidad de introducir las modificaciones que sean necesarias para asegurar el funcionamiento del software. La ingeniería inversa resulta, de este modo, esencial para concretar el derecho de los usuarios de un programa computacional a introducir modificaciones necesarias para permitir su funcionamiento en un sistema.

Dada su relevancia, es que la ingeniería inversa ha sido expresamente asociada a la posibilidad de introducir modificaciones en un software para garantizar su interoperatividad. La ley, directa o indirectamente, ha legitimado su empleo con tales fines, así como su estudio. Pero, mejor aún, la ingeniería inversa trae diversas externalidades positivas: introduce mayor competitividad en los mercados, permite la introducción de mejoras en los sistemas, incrementa la seguridad de los desarrollos, genera modelos de negocios, entre otros. En tal sentido ha sido admitida por las leyes o tribunales de diversos países.

Sin embargo, como es de preverse, para muchas compañías desarrolladoras de software y asociaciones afines, la ingeniería inversa representa un riesgo, el de transferir cierto grado de control de los programas computacionales a sus usuarios o de abrir espacio a la legítima competencia, mermando la eventual explotación económica de sus monopolios. De ahí la pretensión de algunos de evitar el reconocimiento legal de la ingeniería inversa y, mejor aún para sus intereses, restringir las excepciones y limitaciones al derecho de autor en relación con el software.<sup>19</sup>

Limitar las excepciones y limitaciones al derecho de autor en relación al software, e ilegalizar la ingeniería inversa, es una medida que junto con socavar innecesariamente los derechos de los usuarios y consumidores, repercutiría negativamente en la competitividad de los mercados y en los progresos de la tecnología. Peor aún, su supresión distorsionaría la competencia internacional en el mercado del software, si consideramos que ella se encuentra reconocida en prácticamente todos los países desarrollados. De ahí la necesidad de preservar en la legalidad tal disciplina: la ingeniería inversa.

<sup>19</sup> Durante el año 2007 y el primer semestre del 2008, la Asociación Chilena de Empresas de Tecnología de Información (ACTI) y la Business Software Alliance (BSA) manifestaron a través de diversos medios su rechazo a la inclusión de una excepción específica para la ingeniería inversa de software en la legislación nacional sobre propiedad intelectual. Posteriormente, la primera de ellas ha modificado su parecer, no así la segunda.



# ¿Por qué la ausencia de ingeniería inversa compromete la competitividad de la industria de software latinoamericana?

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 18 de agosto de 2008, bajo el título “La industria de software latinoamericana pierde competitividad”.

AUN CUANDO LATINOAMÉRICA NO TIENE FAMA DE SER UNA REGIÓN AVANTAJADA EN EL desarrollo de soluciones informáticas, diversos esfuerzos se vienen realizando desde el sector público y privado, e inclusive desde entidades internacionales, para alentar la conformación de este sector de la economía. No obstante, aún subsisten diversas barreras, tales como serias restricciones de la normativa de propiedad intelectual para la ingeniería inversa de software.

Una ligera mirada a la industria del software permite constatar que el mayor número de ellas se concentra en Estados Unidos y Europa, aun cuando los países asiáticos –especialmente de China e India– han penetrado fuertemente, modificando la conformación del mercado. Entretanto, las experiencias de desarrollo de programas de computación en nuestra región aún resultan excepcionales, esporádicas o marginales, al ser comparadas con las primeras.

Conciente de la necesidad de estimular este sector, clave en el desarrollo de la economía del conocimiento, diversos países de la región han implementado programas, líneas de financiamiento u otros instrumentos a través de los cuales favorecer el desarrollo de software en Latinoamérica. Uruguay y México fueron probablemente los primeros en emprender tal tarea. En este último país, el Ministerio de Economía, a través de ProSoft, desde hace ya años brinda apoyo financiero al desarrollo de la industria. Por su parte, más recientemente, en Chile, la Corporación de Fomento de la Producción ha abierto líneas de trabajo orientadas a favorecer la innovación en tecnología.

Pero no sólo los propios Estados han reparado en la necesidad de fomentar el desarrollo de las empresas tecnológicas, también organismos multilaterales han sustentado iniciativas orientadas a favorecer a la región en esta materia. Así, por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo cuenta con programas específicos que financian el desarrollo de soluciones informáticas orientadas a la pequeña y mediana empresa. Diversas iniciativas en varios países de la región se han beneficiando del apoyo de la entidad financiera internacional.

Con todo, aun las empresas desarrolladoras de software de la región deben afrontar los altos costos asociados a la obtención de licencias de desarrollo. Mientras, la Unión Europea y Estados Unidos permiten legalmente a sus corporaciones prescindir de tales licencias –y del pago de royalties asociados–, autorizando la ingeniería inversa, no sólo para resolver problemas en el uso de un software en un computador determinado, sino también para desarrollar soluciones informáticas interoperables. Una ventaja comparativa para las empresas desarrolladoras de software de los países desarrollados.

Mientras, la legislación de los países latinoamericanos carece de una autorización similar; peor aún, en la legislación de algunos las restricciones impuestas a la ingeniería inversa resultan alarmantes. En el caso de Chile, su gobierno tramita actualmente un proyecto de ley que pretende incorporar la ingeniería inversa de software, pero –inexplicablemente– la iniciativa se ha encontrado con la resistencia de algunas asociaciones gremiales del área de la tecnología.

Disponer de un marco normativo apropiado para el software, que garantice sus derechos a las empresas desarrolladoras, pero que también permita el legítimo uso por otros, es esencial para competir con la industria de software de los países desarrollados. La ausencia de una autorización para la ingeniería inversa de software en los países de Latinoamérica, hipoteca el desarrollo de soluciones informáticas a un menor costo, socava la competitividad de nuestras empresas, merma la protección de los consumidores y, en último término, desecha una oportunidad de desarrollo económico de la región.

# Estándares documentales abiertos y democracia.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 20 de junio de 2008, bajo el título "Estándares documentales abiertos y democracia de datos".

BUENA PARTE DE LAS CONDICIONES RAZONABLES PARA LA VIDA EN COMUNIDAD DEPENDEN de la estandarización de prácticas comunes. Sin estandarización, conducir por nuestras ciudades sería algo bastante cercano al caos, usar equipos electrónicos supondría escoger un tipo de conector diferente para cada lugar donde queramos conseguir energía, y sin estandarización probablemente no comprenderíamos a cabalidad qué cantidad de fruta realmente estamos comprándole a nuestro verdulero. En Internet, de no tener estándares de documentación tendríamos que usar distintos software para visitar cada página web.

Muchas veces los procesos de estandarización también tienen que ver con aspectos más sensibles de los asuntos públicos. En este contexto, durante estos días se está produciendo un interesante proceso de discusión en Nueva York y Minnesota respecto de cuál será el tipo de formatos documentales con los que de ahora en adelante trabajarán los distintos departamentos estatales. Y se está haciendo un exhaustivo análisis de la conveniencia de adoptar estándares documentales abiertos por parte de la administración.

En principio este tema resulta excesivamente árido y técnico, pero la verdad es que los avances de la tecnología suponen que sea un asunto excepcionalmente importante y con impensadas consecuencias. El que hoy los formatos de documentación propietarios sean un estándar de facto (común es nombrar como genérico formatos como PowerPoint o Excel) y que, además, Microsoft tenga un estándar de facto en los sistemas operativos que hacen funcionar nuestros computadores, hacen que el problema y sus consecuencias eventuales se vean diluidos.

Sin embargo, hay a lo menos dos grandes problemas que supone la utilización de estándares privativos en la documentación pública. En primer lugar, que la administración pública trabaje con estándares documentales cerrados supone poner barreras de acceso insalvables para sectores de la población que no cuentan con poder adquisitivo para pagar licencias de uso de programas computacionales privativos. Así, por ejemplo, resulta inaceptable que los contribuyentes no puedan declarar impuestos a través de Internet si no usan un determinado sistema operativo, y también es inadmisibles que el público no pueda acceder a las bases de datos de legislación en línea debido a que para poder acceder es necesario hacerlo sólo a través de sistemas computacionales propietarios pagados.

Pero, en segundo término, hay un efecto más pernicioso, que dice relación con la dependencia tecnológica que supone la utilización de estándares documentales cerrados. La utilización de este tipo de estándares implica estar casado con un tipo particular de tecnología propietaria, no sólo para hoy, sino también para el futuro. Si el día de mañana la administración desea migrar sus contenidos a otras plataformas, el costo será importante, principalmente porque será necesario rescatar los documentos que se encuentran en formatos obsoletos que resultan ilegibles para la tecnología del futuro. Y esto dista de ser ficción, puesto que hoy existen cantidades ingentes de documentación pública que se encuentran en formatos como Lotus o WordStar, por lo cual, para poder acceder a ellos y manipular dicha información –que por lo demás es pública-, estamos condicionados a utilizar arcaicos programas propietarios.

Por todo lo dicho, resulta relevante dar una mirada profunda respecto de la forma en la que la documentación pública será almacenada y accesible por parte de funcionarios y ciudadanos, relevando la necesidad que los estándares que se sigan permitan acceso. Sólo de esta manera es posible pensar en la tecnología como una herramienta importante para el desarrollo igualitario, justo y accesible.

# Regulando la creatividad con leyes del pasado.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 15 de noviembre de 2007.

LA VERDAD ES QUE SI HAY UN ELEMENTO QUE DEFINE Y CONDICIONA RADICALMENTE AL derecho de autor es el cambio en las técnicas de producción y diseminación de la cultura. Esto explica por qué no existe derecho de autor previo a la masificación de la imprenta, y explica por qué el derecho de autor era concebido en principio como un elemento más de censura real y un sistema que otorgaba privilegios de impresión, más que un sistema de derechos que defendiera a los creadores de obras intelectuales.

La famosa frase "*todos los derechos reservados*" que hemos visto más de una vez en discos, libros y películas, es muy expresiva de la forma en la que hoy se concibe el derecho de autor. La regulación del derecho de autor supone que por el solo hecho de la creación, el autor de una obra intelectual adquiere una suerte de monopolio de explotación sobre ella. Esto implica que, en general, cualquier uso que usted quiera realizar de una obra intelectual debe contar con la autorización previa del autor, y si no la obtiene, el uso que usted ha hecho se transforma en ilícito.

Lo paradójico es que lo anterior –es decir, el derecho de autor entendido como un derecho a autorizar usos a terceros– guarda perfecto sentido con las necesidades que históricamente ha pretendido resguardar el sistema de derecho de autor. Guarda perfecto sentido, en definitiva, con las necesidades que surgen a partir de la masificación de la imprenta móvil creada por **Gutenberg** a mediados del siglo XV, para resguardar los intereses de los autores de obras literarias frente a la masificación a escala industrial de sus obras y los privilegios de que gozaban los impresores.

Pero la masificación de Internet ha supuesto un nuevo cambio, esta vez radical a la forma en la que entendemos la producción y difusión del conocimiento. Pero la regulación de derecho de autor del pasado, que pretendía cada vez más control, se ha transformado en un obstáculo muchas veces insalvable para la sociedad del conocimiento. Principalmente por dos sencillos hechos que muchas veces pasan desapercibidos.

En el mundo analógico, parece razonable que cada copia realizada a una obra intelectual suponga la autorización de su autor. Parece razonable que no sea correcto hacer copias del último libro de **Vargas Llosa** y venderlas en la calle. Y también parece razonable que sólo Microsoft pueda vender copias de sus sistemas operativos. En definitiva, en el mundo

analógico parece razonable que cada copia suponga una autorización. Lo que sucede con Internet es que la situación cambia en forma radical. En el mundo digital, cada uso es una copia. Cada vez que usted visita una página web está realizando técnicamente una reproducción de una obra protegida por derecho de autor. Cuando usted compra un disco compacto y quiere traspasar esa música a su computador, es una copia. Según las normas del derecho de autor analógico, cada copia debe suponer una autorización, y si usted no la tiene, pues es un acto prohibido por la ley. De esta forma, cada uso que hacemos de obras intelectuales en Internet está cubierta por este manto de ilegalidad que supone que sean normas pensadas en regular situaciones analógicas sin ser debidamente adaptadas a las nuevas necesidades de la sociedad. Esto explica la existencia de abusos y absurdos por quienes detentan derechos de autor hacia terceros.

En segundo lugar, la masificación de tecnología ha supuesto la democratización de la creatividad. A partir de Internet, hoy somos todos creadores. Cada vez que usted escribe una entrada en su blog, cada vez que saca una fotografía en su cámara digital, cada vez que prepara una presentación, cada vez que un profesor escribe un artículo científico, cada vez que le escribe un poema a su enamorada o enamorado, para la ley usted se transforma en un autor. Por tanto, la regulación del derecho de autor, que debiera equilibrar los intereses de todos los actores relevantes, debe también suponer que ya no sólo hay autores en academias y universidades, sino que también en aquellas casas con tecnología que hace posible que cualquier persona con un computador de quinientos dólares pueda crear y editar obras audiovisuales. Y esa persona se transforma también en autor.

La respuesta que entrega la legislación a estas nuevas situaciones es francamente insuficiente. Entregada a las manos de los intereses corporativos de los grandes titulares de derechos de explotación intelectual, la legislación cada vez es más restrictiva y ha supuesto que una serie de hechos que son comunes en Internet se transforman en ilícitos. Esto no es porque la tecnología genere delincuentes, es porque como sociedad tenemos la obligación de tomar partido en la regulación de la tecnología para que consagre un efectivo equilibrio y releve los intereses derivados del acceso a bienes culturales y sirva para la generación de creatividad y masificación de la cultura.

# Los artistas del mañana y el derecho de autor del futuro.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 20 de julio de 2008.

HACE UN PAR DE SEMANAS LA SOCIEDAD DE GESTIÓN DE DERECHOS COLECTIVOS ESPAÑOLA (SGAE) anunció la creación de la Coalición de Creadores e Industrias de Contenidos, la cual pretende representar dos intereses en principio disímiles, en pos de lograr una adecuada protección de los derechos de los autores frente al florecimiento de la piratería favorecida por la masificación tecnológica. La creación de este tipo de organizaciones, bajo el alero de las sociedades de gestión no es un caso aislado, y se han creado grupos similares en otros países, como Chile, sin ir más lejos.<sup>20</sup>

Lo anterior da muestra de una extraña relación entre dos de los grupos de interés involucrados en la regulación de los derechos de autor. Pareciera ser que, al contrario de lo que uno podría suponer, los intereses de los miles de artistas y creadores se identifican con los intereses de las transnacionales discográficas de la música y del software; que Adobe y Microsoft levantan las mismas banderas que nuestros artistas plásticos y poetas. Pareciera que súbitamente somos testigos de un milagro, de un momento mágico, donde quienes han negociado condiciones nefastas para los artistas durante décadas se transforman en el brazo derecho de la creación de cultura.

La regulación actual de los derechos de autor, a nivel internacional, regional y local, responde a una importante y triste tendencia, que pretende acrecentar progresiva y violentamente unos derechos que fueron pensados para proteger al autor en los tiempos del mundo analógico en detrimento de los derechos de acceso. Es que los derechos de autor no son sino monopolios de explotación exclusiva por un lapso de tiempo. Como sociedad creemos que la creación intelectual es algo importante para nuestra cultura, y por ello inventamos estos derechos, para que nuestros autores puedan explotar comercialmente sus obras intelectuales por un tiempo determinado. Pero esta garantía ha sido entregada a los autores en el entendido que sus obras intelectuales circulen a través del público. Si el autor mantiene sus obras escondidas en un cajón con siete llaves, no tendría sentido alguno que lo beneficiemos con este monopolio de explotación exclusiva.

Lo cierto es que esta tendencia mundial hacia la sobreprotección de los derechos de autor ha llevado a la creación de titulares sui generis de cierto tipo de derechos y a la amputación de las excepciones y limitaciones a los derechos de autor, que pretenden equilibrar el interés de los autores con el interés del público, de todos nosotros. Esto explica que, si

<sup>20</sup> El autor se refiere a la autodenominada Unión Nacional de Artistas (UNA), una efímera organización liderada por la Sociedad Chilena de Derechos de Autor (SCD) y su amplia gama de entidades de gestión colectiva asociadas que, durante 2008, se constituyó con el afán de presionar pública y privadamente al Gobierno para obtener la protección de los artistas acorde los estándares decimonónicos de la industria de la música.

analizamos las normativas de la región, veremos un número críticamente insuficiente de excepciones, que supone que muchas de las actividades que diariamente realizamos en Internet se tornan ilegales. Que en ciertos países el acto de transformar las canciones de un disco compacto a un archivo digital o la digitalización de libros con fines de recuperación patrimonial que hacen bibliotecas sean actos de piratería.

Esta regulación la verdad es que dista de proteger a los autores. Una regulación desequilibrada, que no responda a las necesidades de la sociedad de la información, además de perjudicar al público termina menoscabando las nuevas formas de creatividad que se ven facilitadas por la tecnología. Cada día que pasa se avanza en la superación de la denominada brecha digital, que permite además de otorgar acceso a miles de personas que de otra forma no tendrían cómo acceder al contenido que se ofrece en la red, la creación de obras intelectuales a un costo infinitamente menor de lo que sucedía en el mundo analógico; hoy no es necesario tener un piano de cola para poder escribir obras musicales y cada vez es posible acceder a cámaras fotográficas a más bajo precio, las que permiten generar fotografías y por tanto crear obras intelectuales. Pero mientras la tecnología apunta hacia la apertura, esta regulación desequilibrada apunta hacia el control.

Artistas como **Warhol** o **Duchamp**, que cambiaron la forma de entender las artes plásticas en el siglo XX lo hicieron lejanos a las rígidas formas que impone la creación cultural de este derecho de autor desequilibrado. Así, hoy artistas que hacen mashups, collages o artes integradas a través de tecnología son denominados también piratas por una regulación que está lejos de querer proteger la creatividad, sino que pretende proteger una determinada industria cultural bajo el nombre de los artistas.

En este contexto, son las entidades de gestión colectiva en conjunto con la industria multinacional de la cultura y el software las que llevan adelante un discurso anticuado y punitivo respecto de cómo debiera ser el derecho de autor del futuro. Mientras el mundo ve oportunidades y acceso, ellos parecen ver piratería, destrucción y ciertamente menos dinero para sus arcas. Probablemente, azuzados por los mismos, es común ver connotados creadores rasgar vestiduras por una nueva regulación que –según ellos– destruirá la cultura y a los artistas, exigiendo con histeria más protección de sus derechos, cueste lo que cueste, y abogando por subir al paredón a quienes pretenden un sistema más justo y razonable.

Pero la verdad de las cosas es que la necesidad de tener un derecho de autor equilibrado dista de ser una necesidad sólo del público. Debe ser una necesidad para el público, para los nuevos creadores y para los nuevos emprendimientos. Mientras la tecnología supone grandes oportunidades de desarrollo y avance de las ciencias y de la distribución de las ideas, algunos lo enfrentan poniendo obstáculos en el camino, parecen preferir avanzar con las anteojeras de un caballo de carreras, evitando observar el flujo de información, acceso y oportunidades que presenta la tecnología para el futuro de la innovación y de la creatividad.



# Los límites al derecho de autor: la paradoja de los plazos de protección.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 5 de septiembre de 2007, bajo el título “La paradoja de los plazos de los derechos de autor”.

EL DERECHO DE AUTOR IMPLICA UNA SERIE DE DERECHOS, PATRIMONIALES Y MORALES, QUE suponen restricciones tanto de fondo como temporales, las que dicen relación con el justo equilibrio entre los intereses comprometidos en esta regulación, de los autores, de los titulares y del público. Algunos incluso han llegado a sostener que estos derechos de autor son una especie de derechos de propiedad, tal como la propiedad que usted tiene sobre el computador que usa o sobre el libro que lleva en su bolso. Si bien es una aseveración que tiene asidero tanto en la opinión pública como en una serie de instrumentos legales, la verdad es que si fuese un derecho de propiedad, es una bastante especial, dado que uno de los elementos fundamentales del derecho de autor es su limitación temporal, esto es, que al contrario de la propiedad sobre su libro, el derecho de autor dura por un lapso de tiempo limitado por la ley.

La existencia de un plazo de protección surge como una reacción de la legislación para que los beneficios de la explotación de los derechos de un creador, luego de su muerte, pase a sus herederos, de manera tal que se proteja a lo menos a dos generaciones de descendientes. Esto explica que la regla internacional de protección de derecho de autor, establecida en el Convenio de Berna, es de toda la vida del autor más cincuenta años luego de su muerte.

Si bien no son pocos quienes sostienen la conveniencia de tener este tipo de protección post mortem, lo cierto es que en sus inicios la existencia de esta protección no se argumenta en base al progreso de las ciencias y las artes, sino en los beneficios que pudieren percibir eventualmente los herederos por la explotación de las obras de sus antecesores.

La creciente importancia para la economía de los países de la explotación de derechos de índole intelectual –Hollywood mediante– comienza una imparable tendencia a la sobreprotección de los derechos de autor en detrimento del interés público comprometido, y en especial una tendencia preocupante de aumentar progresivamente los plazos de protección post-mortem. No ya para proteger a los descendientes de los creadores, sino para mantener los privilegios de una industria.

Es así como, además de Estados Unidos, en nuestra región Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, México y Perú tienen una protección post-mortem muchísimo mayor que el estándar internacional establecido en el Convenio de Berna.

Aunque muchos pretenden argumentar este aumento en beneficio de los autores, lo cierto es que quienes se ven perjudicados con este aumento progresivo es claramente el público, el cual ve afectada directamente la posibilidad de beneficiarse del incremento del patrimonio cultural común a favor no siempre de los sucesores de los autores, sino que cada vez en más, de los intereses corporativos de los titulares derivados.

Sobre el particular, en Chile, a raíz de la aparición de manuscritos inéditos de la Premio Nobel **Gabriela Mistral**, fallecida en 1957, este tema ha tomado una actualidad súbita. Han aparecido actores preocupados de la recuperación del patrimonio literario de la poetisa, esperando guardar las nuevas obras con celo en instituciones públicas. Y han aparecido otros –incluso apoyados por estudios formales– pensando en formas mediante las cuales poder seguir explotando monopólicamente la obra de la poetisa, no obstante ser parte del patrimonio cultural común desde 1987.

Lo anterior no es sino una aplicación más de cómo la retórica de la protección de los autores se utiliza para arrebatar bienes comunes hacia la explotación privada. Es que la poetisa no va a volver a escribir “*Lagar*” si seguimos aumentando los plazos de protección. Menos si la arrebatamos del dominio público. Lo único que sucederá es entregarnos certezas para poder utilizar libre y gratuitamente en forma masiva la obra de **Gabriela Mistral**, utilización que, con este tipo de interpretaciones, se pone seriamente en riesgo.

Un sistema legal decente debe estar pensado siempre en el equilibrio de intereses que supone su regulación, y el derecho de autor no es la excepción. Un sistema de derechos de autor que, sea a partir de la extensión progresiva de plazos de protección, sea a partir de mañosas interpretaciones legales, permita que privados se apropien del patrimonio cultural común, es un sistema que no responde a este necesario equilibrio del que debe hacer gala la regulación de países que miran al futuro a través de normas razonables y justas.

# Más protección para el dominio público.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 20 de mayo de 2007.

DESDE HACE UNAS SEMANAS EL GOBIERNO NORTEAMERICANO SE HA REALIZADO SUCEVAS advertencias al gobierno de Chile respecto de la necesidad de reforzar su régimen de propiedad intelectual, habida cuenta del cumplimiento de tratados de libre comercio, donde los temas de derechos de autor y patentes farmacéuticas resultan ser los de mayor interés.

Distintos actores han reaccionado a la resolución de la Oficina de la Representante de Comercio de Estados Unidos (USTR) en torno a la calificación de Chile en la lista de observación prioritaria relativos a propiedad intelectual. Uno de los principales argumentos es que esta calificación no es sino el resultado de la falta de compromiso por parte de los organismos estatales para salvaguardar a la industria de la denominada piratería, en el supuesto que ésta ha visto un aumento considerable, especialmente con la masificación de nuevas tecnologías.

A nivel público, dicha situación ha generado diversas reacciones, siendo quizás la más relevante el anuncio de la Presidenta Bachelet de enviar al Congreso un proyecto de ley que reforma la vetusta ley de propiedad intelectual. De dicho proyecto es posible destacar, entre otros, el aumento sustantivo de las penas, el establecimiento de mecanismos de responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet y, lo más relevante desde el punto de vista ciudadano, el nuevo régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor.<sup>21</sup>

A nivel latinoamericano es posible constatar la falta de un régimen robusto de excepciones y limitaciones, entendidas éstas como usos autorizados por la ley para ser realizados sin aprobación del titular de derechos de autor. Se trata de una forma tradicional de equilibrar los derechos de autor para garantizar acceso. La ausencia de un sistema de excepciones es una manifestación del marcado cariz comercial que ha teñido esta regulación en el último tiempo. El proyecto presentado por el gobierno chileno plantea un cambio sustantivo a esta débil legislación para equilibrar normativamente esta situación.

Como vimos, el derecho de autor supone la confluencia de dos intereses distintos. El primero, los derechos que se reconocen al autor por la sola creación de la obra para que,

<sup>21</sup> Actualmente, dicho proyecto se encuentra en su última etapa de tramitación legislativa, habiendo sido aprobado en la Cámara de Diputados en septiembre de 2009.

entre otras cosas, la explote comercialmente. El segundo, los derechos que se derivan del interés público que supone esta protección, donde las excepciones o limitaciones cumplen con la función de equilibrio.

Pero existen determinadas obras que por su sola naturaleza tienen una protección diferente desde el punto de vista patrimonial, puesto que son obras que han pasado al acervo común y de alguna forma nos pertenecen a todos. Obras que son posibles de copiar y reproducir libremente sin necesidad de pagar derechos ni conseguir permisos. Es lo que se denomina Dominio Público, en general conformado por obras cuyos plazos de protección han vencido; además, en una gran cantidad de países incluye los documentos emanados de organismos públicos y las sentencias judiciales.

En la legislación actual de Chile, los supuestos de dominio público son muy específicos y limitados, alcanzando sólo hipótesis como obras cuyo autor ha renunciado a la protección legal, obras de autor desconocido, obras expropiadas por el Estado, y fundamentalmente las obras cuyo plazo de protección se encuentra vencido. La existencia de un dominio público explica por qué, por ejemplo, es posible realizar copias y descargar de Internet *“El Quijote de la Mancha”* sin necesidad de recurrir a la Fundación Cervantes para requerir autorización. O por qué si usted quiere realizar una adaptación cinematográfica de *“Macbeth”* o *“Romeo y Julieta”*, puede hacerlo sin requerir autorización alguna.

Pero la preocupante tendencia a la mercantilización del derecho de autor ha llevado a aumentar los supuestos y plazos de protección y las penas ante su infracción. No se explica de otra forma que en el caso chileno los plazos de protección hayan aumentado de 30 años como contemplaba la ley inicialmente, a 50 años en 1992 y a 70 años luego de la muerte del autor por requerimiento del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, a partir de 2003. Lo anterior ha implicado, entre otras cosas, que, según algunos, la obra completa de la premio Nobel **Gabriela Mistral** aún no pasa al dominio público no obstante haber pasado cincuenta años luego de su muerte, ocurrida en 1957.

El establecimiento de mayores protecciones al derecho de autor, más que proteger a los artistas y creadores, que ya han fallecido y por tanto no podrán crear nuevas obras, supone un detrimento irreversible al acervo cultural común, que pertenece a todos nosotros.

La actual ley contempla una pena absolutamente menor, marginal y por lo demás inaplicable para quien a sabiendas publique o exhiba una obra del dominio público bajo un nombre que no sea el del verdadero autor. La pena es sólo pecuniaria, y sin ningún tipo de relación con las que se contemplan para la misma infracción pero para obras que están en el dominio privado, lo que se explica por la verdadera obsesión legislativa por una sobreprotección de derechos patrimoniales particulares.

La propuesta de reforma propone un nuevo trato en este sentido. Clarifica en qué puede consistir la infracción, pudiendo darse tanto cuando se haga un uso de una obra que se encuentre en el dominio público bajo un nombre que no sea el del verdadero autor, como contra quien reclame derechos patrimoniales sobre ellos. La pena que contempla la ley esta vez es una pena que va entre los 3.300 a los 33.000 dólares, aproximadamente.

A pesar de ser un esfuerzo conciente en torno a equilibrar los intereses comprometidos, y principalmente porque no todo se soluciona en base a penas, la propuesta de reforma en cuanto a la protección del dominio público sigue estando en deuda. Se echa de menos, por ejemplo, una norma que señale en forma expresa que las sentencias judiciales emanadas por los tribunales de justicia, o incluso las propias leyes que son publicadas en el Diario Oficial se encuentran sujetas al dominio público, como es recogido en una serie de países entre ellos Brasil, Colombia, México y Estados Unidos, entre otros.

El proyecto no hace referencia alguna al régimen jurídico de las obras intelectuales que son financiadas por organismos e instituciones públicas. Dado que quien financia dichas obras (estudios, informes, programas computacionales, etc.) es el fisco, pues entonces parece en principio razonable que éstas estén en condiciones de acceso y uso libres para la población. Lo anteriormente dicho implica una discusión de largo aliento que el proyecto de ley evita promover, pero que desde el punto de vista de los derechos de acceso es fundamental.

En un contexto de mercantilización progresiva de bienes sociales, una iniciativa como la del gobierno chileno permite abrigar esperanzas en el establecimiento de un derecho de autor que responda a las necesidades de todos y en particular refleja el anhelo que la masificación de tecnología sea vista no como un eventual elemento criminal sino que como una herramienta de comunicación eficiente y vital para mantener viva la cultura y el conocimiento.



# Derechos de autor, academia y bibliotecas.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *El Mostrador*, en su edición del 24 octubre 2008.

CON CIERTO DESENFADO HAY QUIENES PRECONIZAN QUE LA LABOR DE BIBLIOTECAS Y universidades desconoce los derechos de propiedad intelectual, pasando por alto la profusa labor de difusión cultural que tales establecimientos desarrollan en pro de la comunidad, y aun de los propios creadores. No viene al caso detenerse en tal obviedad, pero sí parece oportuno —especialmente de cara a la ardua discusión en torno a una nueva ley de propiedad intelectual en Chile— considerar en breve cómo nuestra normativa constituye un óbice a la labor de la academia y de las bibliotecas.<sup>22</sup>

Hoy, sólo alrededor de un 10% de las obras publicadas cuentan con una segunda edición o tiraje. El grueso de la producción literaria se agota con una primera y única tirada, obstaculizando el acceso a las fuentes de información para quienes carecen de tales ejemplares. Si una obra en tal caso no se encuentra en el mercado, *¿podrá un usuario hacer legítimamente copia de ella?*

Tratándose de publicaciones de valor académico, año a año el mercado es incapaz de satisfacer a cabalidad las demandas de las bibliotecas universitarias, en especial en las áreas de humanidades y de las ciencias sociales. Aproximadamente, un cuarto de las órdenes de compra emitidas por estos establecimientos no encuentran eco en el mercado; la mitad de estos textos constituyen bibliografía calificada de esencial por sus docentes. Sin acceso a las obras, sin un proveedor, *¿podrá legítimamente un estudiante hacer copia de tales textos?*

Adicionalmente a la labor de proveer acceso a los estudiantes, un significativo grupo de bibliotecas universitarias —al igual como centros de documentación y museos— desarrolla labores de preservación y conservación patrimonial. En ocasiones ello exige retirar los ejemplares de las obras de estantería y, sin disponibilidad en el medio, suplirlos por copias. A efectos de conservación y preservación del patrimonio cultural del país, y sin mediar pretensiones comerciales, *¿podrá de manera legal una biblioteca microfilmear, digitalizar u efectuar algún proceso de copia de las mencionadas obras?*

<sup>22</sup> Durante el segundo semestre del 2008, el Senado estudiaba modificar la ley de propiedad intelectual para incluir algunas excepciones para fines docentes y otras destinadas al funcionamiento de bibliotecas, archivos y museos. La iniciativa era fuertemente resistida por la denominada Unión Nacional de Artistas (UNA) y la Sociedad Chilena de Derechos de Autor (SCD), quienes desplegaron un lobby público y privado destinado a paralizar la iniciativa. Esta columna era en respuesta a otra aparecida previamente en el mismo medio de autoría de uno de los miembros de la primera de aquellas organizaciones.

La modernización de la malla curricular y la actualización de contenidos obligan a los docentes a nutrirse de literatura extranjera, no siempre disponible en línea, ni en español. Desafortunadamente, el mercado local y aún el de lengua castellana resultan de escaso atractivo para varios sellos internacionales. Sin traducción disponible en el medio, *¿podrá legítimamente un académico traducir una obra y distribuir ejemplares de ella en aula para efectos docentes?*

Todas y cada una de las preguntas anteriores –y otras muchas más que inciden en la labor cotidiana de establecimientos educacionales, bibliotecas, archivos y museos– tienen una respuesta negativa en nuestra legislación; cualquiera de estos actos es ilícito en Chile. En cambio, ya sea a través de un adecuado régimen de excepciones a la explotación monopólica de los derechos de autor, o bien de un sistema de fair use, la generalidad de los países desarrollados admiten como legítimas tales prácticas, dando respuestas afirmativas a esas y otras interrogantes de similar calado.

Erradamente, para algunas ortodoxas voces defensoras de los derechos de autor, cualquier merma al eventual beneficio económico de sus monopólicos derechos constituye una inadmisibles erosión a la propiedad privada, obviando la función social que ésta cumple y con ello la necesidad de disponer en nuestra normativa legal de un adecuado régimen de excepciones y limitaciones al derecho de autor.

Los derechos de autor deben protegerse, pero en caso alguno su protección puede implicar –como lamentablemente sucede en Chile– entorpecer la actividad de establecimientos educacionales y bibliotecas, obstaculizar la creatividad, sacrificar la competitividad de la industria tecnológica y cultural local, ni comprometer la libertad de expresión y el acceso a la cultura.

Naturalmente, el desarrollo de la actividad académica y bibliotecaria tiene un marco normativo de referencia de mayor vastedad que el concerniente a los derechos de autor, pero debe admitirse la importancia de disponer de excepciones que les garanticen el adecuado funcionamiento de las universidades, bibliotecas, archivos y museos. Insistir en desconocer su importancia es pecar de ignorancia o llamarnos simplemente al engaño.



# Fair use, fuente de creatividad y prosperidad.

## **Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 16 de septiembre de 2008. Una versión breve del mismo artículo fue publicada en cartas al director del *Diario Estrategia*, el 10 de octubre de 2008, bajo el título “Propiedad intelectual y prosperidad”.

QUIZÁ USTED, COMO YO, HAYA HECHO UNA COPIA DE SU CD A FORMATO MP3 PARA escucharlo en su reproductor de música; quizá su padre, como el mío, haya respaldado sus discos compactos haciendo copias de ellos, para escucharlos en la radio del auto; quizá su abuelo, como el mío, haya pasado sus discos de vinilo a un casete. Ellos, como usted y yo, son o fueron amantes de la música. Todos ellos y nosotros entendemos que hacer una copia para el mero disfrute personal es un acto legítimo, que no merece(ría) reproche legal. Éste, como otros usos de las obras, es lo que usualmente se conoce en algunos países como uso justo o legítimo, fair use (Estados Unidos, Corea del Sur y Singapur) o fair dealing (Australia, Nueva Zelanda y Sudáfrica).

El fair use es un uso que se permite de las obras artísticas e intelectuales, sin requerir autorización y sin mediar pago. Mientras en el derecho de autor de los países latinoamericanos recurrimos a casos de usos autorizados expresamente por la ley, en países como Estados Unidos se permite que, en la medida en que se cumplan determinados requisitos establecidos por ley, se admita que cierto uso es legítimo. Muchos de tales usos favorecen a la propia creatividad; así, por ejemplo, además de la reproducción para usos privados, se ha admitido la parodia de obras, el collage, el uso de obras para actividad docente, y hasta ciertos casos de ingeniería inversa de software.

Entre los beneficios del sistema, está que el fair use es flexible, pues permite que los jueces establezcan si un determinado uso es legítimo, mientras que en los países que carecen de él, ellos se consolidan en una ley, petrificando los usos legítimos. Pero no sólo el fair use permite la continua actualización de nuestra normativa, evitando su anquilosamiento, particularmente frente a las vertiginosas exigencias de la tecnología, sino que además permite garantizar que otros derechos fundamentales –como el derecho a la educación o la libertad de expresión– no sucumban ante la propiedad intelectual.

Todavía más. El fair use crea empleo, genera riqueza y es fuente de prosperidad económica. Recientes estudios permiten establecer que uno de cada ocho puestos de trabajo en Estados Unidos corresponde a actividades relacionadas con la existencia del fair use, esto es, unos 17 millones de empleos. Estas actividades en conjunto representan un sexto del

producto interno bruto del país, generando valor por unos 2.2 trillones de dólares anuales el año 2006. Vale decir, el fair use es fuente de prosperidad.

No es casual que el 2007, el Parlamento de Israel haya aprobado una nueva legislación de derechos de autor, que incluye el fair use, permitiendo la utilización sin necesidad de autorización del titular de obras protegidas, para estudio privado, investigación, reseña, cita, educación, reseñas noticiosas, entre otros. Lo propio ha hecho también Reino Unido.

En Chile, por su parte, el Gobierno –al igual que diversas agrupaciones de usuarios e industrias culturales– ha impulsado la adopción de una norma similar al fair use, aun cuando con limitadísimos efectos. Sin embargo, un cierto grupo de creadores –básicamente ligados al mundo de la música– han reaccionado airadamente, ante lo que visualizan como una corrupción del sistema, un engendro foráneo y una amenaza a sus connaturales (sic) derechos como autores. Hasta ahí la racionalidad, si alguna hay, de sus alegaciones.

Todo hace suponer que la presión de un pequeño grupo de interés se sobrepondrá a la intención gubernamental y social, sacrificando con ello la ocasión para hacer de la legislación chilena una herramienta apropiada para enfrentar los desafíos de la tecnología, favorecer el disfrute de las obras, promover la creatividad y generar prosperidad.<sup>23</sup>

<sup>23</sup> En junio de 2009, la Comisión del Senado que estudia un proyecto de ley que modifica la ley de propiedad intelectual aprobó una enrevesada redacción de compromiso para incluir los usos justos en la legislación nacional. Hoy, este proyecto de ley se encuentra en la parte final de su trámite parlamentario, el que incluye finalmente una redacción que contempla usos justos.

# El sentido de la libertad en el software libre.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 21 de agosto de 2007.

TRAS AÑOS DE DISCUSIÓN Y VACILACIONES, PROGRESIVAMENTE TODOS LOS PAÍSES DEL mundo han brindado protección al software a través del estatuto del copyright o derecho de autor. Quizá las excepciones sean Estados Unidos y Japón, donde también es posible obtener protección para el software mediante el sistema de patentes de invención, divergencia sobre la cual no nos extenderemos en esta ocasión.

¿Qué implica que el software sea protegido por derechos de autor? Básicamente que el titular de los derechos goza de las mismas facultades que la ley otorga a un músico o escritor sobre su obra artística o literaria. Esto significa que tal titular de derechos tiene la explotación comercial monopólica del software, de acuerdo a las cuales define cómo y quién puede distribuir, ejecutar, modificar y publicar el software.

Usualmente el titular de los derechos recurre, además, a un sistema de licencias, a través de las cuales limita los derechos de los usuarios. Por ejemplo, impidiendo la venta del software en determinados países o su uso para fines específicos. Sin embargo, no sólo a través de las licencias se cercenan los derechos del usuario, sino también mediante trabas técnicas, de las cuales la más usual es distribuir el software sin acceso al código fuente o de programación.

La imposición de estas restricciones legales y técnicas cercena la libertad del usuario del software para hacer uso de él, para introducir mejoras razonables, para traducirlo a un nuevo idioma, para adaptarlo a sus requerimientos o a los de terceros, y para distribuirlo ampliamente, entre otras. Frente a tal limitación de libertades surge el software libre.

El software libre es un software como cualquier otro, pero a través de sus condiciones de distribución se garantizan determinadas libertades para sus usuarios. Esas libertades son: la libertad de usar el programa, con cualquier propósito; la libertad de estudiar cómo funciona el programa; la libertad para adaptarlo o modificarlo acorde con tus necesidades; y, la libertad de distribuir copias del programa, sea modificado o no.

Legalmente, la preservación de esas libertades se realiza a través de un contrato de uso o licencia –la más frecuente de ellas, es la General Public Licence (GPL)–, que junto con autorizar el uso del software dispone de una cláusula que obliga a todo aquel que introduce

modificaciones en el software a que, en caso de distribuirlo, también licencie su aporte bajo las mismas condiciones, esto es, garantizando acceso y uso a los nuevos usuarios.

La cláusula antes mencionada surte el denominado efecto “*copyleft*”, consistente en darle la vuelta al copyright o derecho de autor, a fin de garantizar acceso y no restringir las libertades de los usuarios. Es pasar desde la lógica de “*todos los derechos reservados*” propia del copyright a la lógica del “*todos los derechos reversados*”, concebidos en otro sentido, en el sentido de permitir acceso y uso.

Técnicamente, la preservación de las libertades se logra distribuyendo y obligando a distribuir el software, con o sin modificaciones, no sólo en su versión en código binario o archivo ejecutable, sino en código fuente. Esto es esencial, pues las modificaciones sustantivas al software se verifican en el código de programación y no en la interfaz de usuario que ofrece el código binario.

Como queda claro de lo dicho, el sentido de la libertad en el software libre viene dado por el hecho de haber concedido de antemano a sus usuarios el derecho a hacer su uso. La libertad no tiene el sentido de gratuidad o libre de pago, equívoco que usualmente resulta del vocablo free, que en inglés refleja la libertad y la gratuidad. Como acertadamente ha expresado Richard Stallman, fundador del movimiento del software libre, “*El software libre es un asunto de libertad, no de precios. Para entender el concepto, debes pensar en libertad como libertad de expresión, no como cerveza gratis*”.

De hecho, un vistazo a la cada día más numerosa experiencia de empresas de software libre permite constatar que este no implica gratuidad, aun cuando ella puede ser alcanzada como una externalidad positiva. Ahora bien, es probable que el modelo de negocios ya no gire en torno a la simple venta del software, sino en su personalización, mantenimiento, capacitación u otros servicios asociados.

Así entonces, no es de sorprender el desarrollo de actividades comerciales en torno al software libre: la venta de publicaciones que incluyen paquetes de programas, el desarrollo de software libre por grandes consorcios tecnológicos, la oferta de servicios asociados, son una prueba inequívoca del potencial de negocios que tiene el software libre. En último término, el software libre nos sugiere un modelo de producción y distribución del conocimiento que armoniza el negocio con las libertades.

# Creative Commons o cómo acercarse al derecho de autor del futuro.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 29 de noviembre de 2007, bajo el título “Creative Commons: el futuro del derecho de autor”.

EN LOS ÚLTIMOS AÑOS, LA PROPIEDAD INTELECTUAL PASA A SER UNO DE LOS ELEMENTOS MÁS importantes de los tratados internacionales de connotación comercial, cuyos ejemplos más cercanos en nuestra región son los acuerdos bilaterales de libre comercio.<sup>24</sup> Esto, lejos de implicar un estándar equilibrado a nivel internacional, ha ido en detrimento de los intereses del público derivados del acceso.

Una tendencia a la sobreprotección se ve reflejada en distintos campos, pero no es sino en la devastación de las excepciones y limitaciones al derecho de autor donde se hace más evidente, dejando al desnudo al público y a los nuevos creadores. Así, al suscribir tratados de libre comercio, y obligarse por tanto a homologar su normativa interna, nuestros países no miden con la misma medida las normas que permiten mayor protección que las que permiten equilibrar esto con los intereses del público, derivados del acceso.

La masificación de la tecnología, y en particular la relevancia de Internet como una oportunidad de desarrollo cultural, ha supuesto la necesidad de replantear los paradigmas que fundamentan la regulación tradicional de derecho de autor. Esto porque la regulación tradicional no ha dado respuesta a las necesidades de los autores en la era digital, principalmente al hecho que hoy, en alguna medida al menos, somos todos creadores. Más aún cuando los intereses de las grandes industrias del entretenimiento –no necesariamente de los autores– son quienes han liderado las reformas para que la legislación se adapte a la era digital.

Es que uno de los cambios fundamentales que ha supuesto Internet es la mejora radical y sustantiva de los medios de distribución de contenido. Internet, para muchos, ha implicado la oportunidad única para cambiar la forma mediante la cual la cultura y el arte llegan hasta el público, para hacerlo más accesible y directo. El problema está en que esta regulación, a pesar de ser realizada con el apoyo de los sectores que representan a los autores, ha terminado limitando la creación y desaprovechando las oportunidades que brinda la tecnología.

<sup>24</sup> Actualmente disponen de Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos varios países de la región, tales como Chile, Colombia, Perú y los países de Centroamérica. Ya años antes, México, Canadá y Estados Unidos habían suscrito el North American Free Trade Agreement (NAFTA).

Es así como se explica el nacimiento de alternativas de licenciamiento abierto o libre, que permiten utilizar las potencialidades que otorgan las nuevas tecnologías para la difusión de la cultura. Estas alternativas, entre las cuales Creative Commons surge como una de las de mayor impacto, se construyen a partir del sistema de derecho de autor tradicional para dar respuesta a los desafíos que impone la masificación de la tecnología y que no son resueltos en forma satisfactoria por la legislación vigente.

Así, Creative Commons ofrece a los autores la posibilidad de marcar sus obras con las libertades que deseen, entre seis alternativas posibles. Lo que en un principio era solamente un sistema de licenciamiento libre y gratuito, se ha transformado en mucho más, siendo hoy un movimiento de carácter internacional, con presencia en más de 70 países y contando hoy con más de 170 millones de obras licenciadas en todo el mundo.<sup>25</sup> Son miles de autores los que utilizan un modelo de derecho de autor que se aviene mejor con la nueva realidad para la difusión del conocimiento y de la cultura.

Creative Commons se transforma en una alternativa gratuita y original para, por un lado, entregar certezas a terceros que encuentran estas obras a través de la red y, por otro lado, permitir a los autores utilizar en forma amplia las posibilidades que entregan estas nuevas tecnologías para la difusión de sus obras. Lo anterior se facilita con las herramientas de búsqueda avanzada, tales como Yahoo! y Google, que permiten encontrar obras licenciadas de esta forma.

Pero Creative Commons ha supuesto beneficios no sólo para creadores y público. Alternativas derivadas del software libre y de licenciamiento abierto en general han permitido el nacimiento de nuevas formas de negocio. Negocios que no se acaban con el boom de las 'punto com', sino que basan su valor precisamente en el trabajo colaborativo de sus miembros, generando una nueva economía, una economía horizontal que ha sido denominada sharing economy. Sellos discográficos como Magnature o Jamendo, periódicos como 20minutos y sitios web como el de la Presidencia mexicana o la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, han decidido licenciar sus contenidos con alguna de estas licencias, permitiendo que sus obras se difundan legalmente a través de Internet y, de esta forma, generar réditos distintos a los que se esperaban en la economía del pasado.

Hoy, cuando el valor parece estar en el cambio radical de los modelos de negocio en las industrias del entretenimiento existentes, Creative Commons se sitúa en un lugar equidistante entre el dominio público y el derecho de autor tradicional. En definitiva surge desde la necesidad de los autores por utilizar la tecnología a su favor, saltándose los intermediarios. Una alternativa para evitar los absurdos de un derecho de autor del pasado.

<sup>25</sup> Esta cifra aproximada corresponde al número de obras licenciadas con Creative Commons a finales del 2007.

# Google Chrome y los beneficios del código abierto.

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 10 de septiembre de 2008.

HACE UN PAR DE SEMANAS GOOGLE ANUNCIÓ LA SALIDA DE CHROME, UN NAVEGADOR DE Internet por el que miles de usuarios en el mundo esperaban su salida. Hasta el momento sólo es un navegador que puede ser instalado en sistemas operativos Windows, las versiones para MacOSX y Linux deberán esperar algún tiempo. Chrome tiene una serie de elementos muy interesantes que favorecen la experiencia de navegación en cuanto a velocidad y la novedosa interfaz de usuario.

Pero claro, es un producto de Google. A pesar de los esfuerzos del buscador de diferenciarse de su competencia, repitiendo como un mantra en cada uno de sus desarrollos un principio que lo llama a no ser malos ("*don't be evil*"), la magnitud de la empresa que han formado en estos años para muchos la ha transformado simplemente en un actor más en la jungla de Silicon Valley. Con todos los vicios que ello supone.

En este contexto, la aparición de distintas aplicaciones de Google pensadas en mejorar la experiencia de búsqueda no ha estado lejos de las críticas, fundamentalmente por la gestión de la información, aquello que hace más interesante, y mejor, a un buscador. Con el lanzamiento de Chrome, naturalmente, estas críticas han estado lejos de desaparecer. Uno de los temas que más preocupan, desde el punto de vista de la privacidad, dice relación con el denominado "*Omnibar*", una herramienta que permite una llegada rápida al sitio que el usuario busca, gracias a "*sugerencias*" que entrega el programa facilitado por el envío y posterior procesamiento de información a un servidor central de Google. Frente a esta observación, representantes de Google habrían señalado que cerca del 2% de la información que se ingresa para efectos de búsqueda en Chrome, sería almacenada en conjunto con la dirección IP del computador desde el que proviene.

Pero no es Omnibar lo más interesante de Google Chrome. A diferencia del Internet Explorer de Microsoft Windows, su competencia más directa, Google Chrome está basado en Chromium, una aplicación de código abierto ("*open source*"). Esto significa que, además, de poner Chrome a disposición del público en forma gratuita para su descarga, la empresa ha puesto también a disposición de quien lo desee el código fuente de Chromium, bajo una licencia BSD (Berkeley Software Distribution) que autoriza a terceros a hacer uso de este código para la creación de nuevas versiones, las que podrán o no ser también de código abierto.

La verdad es que la apuesta de Google por el código abierto dista de ser una opción inofensiva, en dos sentidos. En primer lugar, distribuir a través de una licencia abierta permite infinitas posibilidades de desarrollo para el programa a través de complementos y añadidos que no estaban pensados por el programador inicial. En segundo lugar, no menos importante desde el punto de vista de las críticas que ha recibido Chrome, es que de esta forma se facilita el trabajo de investigadores para detectar eventuales problemas de seguridad de los que pueda adolecer el programa, sobre todo problemas derivados de la privacidad y de la información que Chrome envía a servidores centrales.

En definitiva, la apuesta de Google es un muy buen ejemplo de los beneficios del licenciamiento abierto o libre. Con razón muchos podemos estar alertas frente a los problemas de privacidad que puede tener un navegador como Chrome, pero a lo menos tenemos certeza que su funcionamiento es transparente para el público y que, por tanto, seremos los primeros en enterarnos de alguna funcionalidad intrusiva. Google no lo hace por beneficencia. Google apuesta por el desarrollo de modelos de negocio que no molesten al usuario y que, en definitiva, sigan haciéndonos creer que no estamos frente a una de las empresas más poderosas de los últimos años, sino frente a los buenos de la película.



# ¿Por qué Harvard opta por el Acceso Abierto?

**Claudio Ruiz Gallardo**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 23 de febrero de 2008, bajo el título "Harvard opta por el acceso abierto a sus investigaciones".

EL DERECHO DE AUTOR SUPONE, ENTRE OTRAS COSAS, LA NECESIDAD DE EQUILIBRAR LOS intereses que se encuentran comprometidos. Y cuando se analiza la forma que el derecho de autor ha ido tomando en los últimos años, veremos cómo la tendencia más clara es hacia la sobreprotección de estos derechos en detrimento de los intereses públicos. Es que el derecho de autor implica un monopolio de explotación exclusiva para quienes crean obras de carácter intelectual, pero este monopolio va evidentemente de la mano con que estas obras intelectuales puedan ser distribuidas y disfrutadas por el público, por todos nosotros. Si las obras intelectuales creadas tuvieran por objeto reposar en el tiempo en gavetas escondidas bajo llave, no tendría mayor sentido que sus creadores gozaran de este monopolio de explotación. Esta desafortunada protección de los derechos de autor, excesiva y desequilibrada, ha supuesto una serie de efectos altamente perniciosos para el público y para el acceso.

Una de las disciplinas donde más relevante se hace aclarar esta dicotomía entre más protección y necesidad de acceso es en ambientes académicos. A pesar de la relevancia que supone en principio que las investigaciones llevadas a cabo en contextos universitarios sean accesibles a la mayor cantidad de lectores posibles, para de esta forma tener feedback y seguir desarrollando la investigación inicial, ha habido una tendencia importante y marcada hacia la 'propietarización' (si se me permite la frase) de este conocimiento hacia revistas científicas especializadas. De esta forma, si una investigación de carácter académico quiere ser tomada en serio, esta tendencia supone que debe pasar por los exámenes que requieren estas publicaciones académicas llamémoslas '*tradicionales*' para ser publicadas durante un lapso de tiempo que no es menor a seis meses, incluso un año en algunos casos.

Una de las características de estas revistas, que por otro lado supone también su existencia, es que sus contenidos revisten el carácter de exclusivos. Esto es, si usted no tiene el dinero que cuesta la suscripción a dicha publicación tradicional, simplemente no tiene acceso. Esto ha llevado a que buena parte de los recursos que cuentan las bibliotecas universitarias esté destinado, precisamente, a hacerse cargo de la suscripción de estas reputadas publicaciones de carácter académico. Y supone, en esta parte del mundo, que muchos de nuestros académicos e investigadores no pueden ser parte del conocimiento que circula y se distribuye a través de sistemas cerrados y de alto valor de mercado.

Es así como han surgido, desde la misma academia por cierto, iniciativas que apuntan precisamente a lo que en principio las publicaciones académicas necesitan: no estar cerradas ante el acceso de terceros, sino que utilizar las redes informáticas para llegar a más interesados en compartir su conocimiento. Este movimiento, en términos genéricos, se ha denominado Open Access, o Acceso Libre/Abierto y propone el acceso inmediato, permanente y a texto completo de los trabajos desarrollados por académicos, principalmente gracias a las posibilidades que ofrece Internet. De esta forma, según dicen quienes recogen estos principios, se disminuye la brecha para el acceso al conocimiento que supone que las investigaciones académicas se mantengan 'cerradas' por publicaciones privadas con altos precios de suscripción.

En esta misma dirección, la semana recién pasada los académicos de la Universidad de Harvard decidieron por unanimidad distribuir los resultados de sus investigaciones y sus trabajos académicos a través de repositorios institucionales que responden a los criterios de acceso abierto y gratuito a todo el mundo. Los autores, en cualquier caso, mantienen sus derechos de autor y por tanto la posibilidad de publicar estas investigaciones en revistas especializadas tradicionales dado el carácter de no exclusivo del permiso que tiene la Universidad para poder publicar estos trabajos en los repositorios universitarios.

La decisión de la comunidad de la Universidad de Harvard no es sino cambiar el paradigma de distribución de los contenidos de acuerdo a la masificación y los beneficios que supone Internet para superar los altos costos de distribución de los trabajos académicos y superar por tanto las barreras para que el conocimiento pueda diseminarse a través de la comunidad académica. A través de una opción por el Open Access, en este caso, el conocimiento que se ha producido en el seno de una de las Universidades más prestigiosas del mundo puede circular a través de distintas comunidades académicas, permitiendo que sus investigaciones puedan influir y tener retroalimentación no sólo entre quienes tienen la posibilidad de pagar altos precios de suscripción para revistas especializadas, sino que también para los académicos e investigadores de nuestros países.<sup>26</sup>

La decisión tomada por la comunidad académica de la Universidad de Harvard reconoce en Internet y en las nuevas tecnologías una oportunidad única en la historia para que los autores no dependan de los intermediarios para poder llegar al público, logrando un mayor acceso y difusión de los logros universitarios.

<sup>26</sup> Un reciente estudio nos ha evidenciado que casi un 40% de las publicaciones académicas del país que licencian sus contenidos lo hacen con Creative Commons, haciendo eco de decisiones análogas de prestigiosas publicaciones de instituciones académicas internacionales, tales como el Massachusetts Institute of Technology (MIT), Harvard University, Oxford University, la Université de Paris y la Universidad de Barcelona. Esa es la buena noticia. La mala noticia es que menos de un 25% de las publicaciones académicas nacionales explicita condiciones de licenciamiento y, por consiguiente, no otorga a sus usuarios más que unos precarios derechos garantizados por ley. Alberto Cerda Silva, "Modelos de Licenciamiento de Publicaciones Académicas", Santiago, 2009. Estudio financiado por el Consejo Nacional de Fomento del Libro y la Lectura, en el marco de los proyectos concursables del Fondo del Libro 2008.

# Software en línea: rompiendo barreras de acceso.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 23 de febrero de 2008, bajo el título "Harvard opta por el acceso abierto a sus investigaciones".

POR LARGO TIEMPO LAS GRANDES EMPRESAS DESARROLLADORAS DE SOFTWARE, Y LAS PEQUEÑAS también, han sustentado sus ganancias en la venta de ejemplares de sus programas; cada CD o cada descarga de software representa un número en azul en su contabilidad. Es por ello que estas empresas se han esmerado en impedir el uso no autorizado de sus creaciones. Sin embargo, este panorama está cambiando, y uno de los signos de tal cambio es el software en línea.

Por largo tiempo las empresas distribuidoras de software procuraron impedir el uso no autorizado de sus creaciones recurriendo a secretos comerciales y pactos de confidencialidad, que impedían a los usuarios difundir el programa. Posteriormente, a ello se sumó la decisión de comercializar sólo el código objeto o ejecutable del programa, pero no la fuente. En búsqueda de mayor control, estas empresas incorporaron medidas de protección tecnológica en sus obras, tal como dispositivos anticopia y claves de acceso. Como quiera que fuese, se trataba de bloquear el acceso y uso a sus creaciones.

Pero la tendencia proteccionista ha comenzado a ser revertida. No son pocas las compañías que hoy trabajan con software libre y que han modificado sus modelos de negocios para adecuarse al nuevo paradigma. Sin embargo, un modelo menos explorado es el la ejecución de software en línea.

Los programas en línea son aquellas aplicaciones puestas a disposición de los usuarios para ser empleadas a través de Internet. No se trata de la comercialización de descargas de software, ni de la adquisición de software a prueba, tampoco de permitir acceso al código de programación del software mismo, sino que simplemente de permitir al usuario hacer uso del programa mediante conexión de Internet.

Quizá el paradigma de este modelo sea Google, pero en verdad los ejemplos son abundantes, desde los primeros servicios de correo electrónico hasta otros más sofisticados y recientes, como servicios de remisión de correo electrónico masivo. Agendas y diccionarios en línea, procesadores de texto, planillas de cálculo y plataformas blog, entre otras muchas aplicaciones, hoy es posible emplearlas directamente sobre Internet. Muchas de ellas nos brindan, además, alguna capacidad de almacenamiento de la información que procesamos, haciendo innecesario guardar los archivos en nuestro mismo computador.

El modelo de negocios de software en línea no sólo está siendo adoptado por diversas empresas desarrolladoras de programas computacionales, sino que también ha sido asumido por algunas empresas de hardware, que privilegian la conectividad antes que la capacidad de almacenamiento. De hecho, para los escépticos, la reciente decisión tomada por Microsoft de revelar parte de su código fuente de aplicaciones de escritorio, tendría que ver con hacer frente a la competencia brindada por el software en línea, más que con la decisión por prácticas anticompetitivas adoptada por la Unión Europea en contra del gigante del software.

Como quiera que fuese, la creciente presencia de software en línea parece ser indicativa de una tendencia a disponer de bienes culturales y tecnológicos en línea, desde música, literatura y software, entre otros. Esta tendencia parece coherente con la naturaleza del soporte digital de tales obras y el potencial web como plataforma de distribución de contenidos. Sin embargo, esto no garantiza inequívocamente el derecho de todas las personas a participar de los progresos de las artes, la cultura y la tecnología, ya que aún persisten ciertas barreras de acceso, de entre las cuales cabe mencionar el establecimiento de tarifas de acceso a servicios en línea y el mismo acceso a Internet. Mientras los costos de acceso a los servicios y a Internet resulten prohibitivos para la mayor parte de la población, no habrá estrategia que garantice la inclusión social.

# Acceso al conocimiento: las limitaciones de las licencias libres.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 21 de noviembre de 2007, bajo el título "Acceso al conocimiento: ventajas y limitaciones de las licencias libres".

ES UN HECHO INDISCUTIBLE QUE, ASÍ COMO LA IMPRENTA EN SU DÍA, EN NUESTROS DÍAS Internet ha revolucionado el proceso de producción y distribución de la cultura y el conocimiento, dando paso a la conformación de lo que Castells ha calificado como una sociedad esencialmente informatizada, donde la información cobra un valor sin precedentes.

No obstante el enorme potencial de Internet como plataforma para la diseminación del conocimiento e información, en no pocas ocasiones tal capacidad técnica se ve limitada por restricciones legales. Una de ellas, y quizá la esencial, son los denominados derechos de propiedad intelectual: los contenidos que circulan por Internet puede tener derechos reservados y su dueño puede legalmente poner restricciones a su circulación.

Las restricciones del derecho de autor se agudizan por su sistema de protección automático, que supone que cada vez que un creador concluye su acto de creación lo somete al régimen legal por defecto, limitando inmediatamente la circulación de la obra. Ante ello es que han surgido las denominadas licencias de software y contenidos libres o abiertos, y aun cuando existen varias de ellas, con diferencias, lo que tienen en común es que procuran brindar a los usuarios más y mejores oportunidades de acceso a las creaciones.

Mediante las licencias recién mencionadas, los creadores –músicos, escritores, diseñadores, programadores, entre otros muchos– autorizan a hacer uso de sus obras en términos más permisivos de lo que la ley presupone. En cierta forma, las licencias procuran burlar las restricciones que pone la ley a la circulación de las creaciones. Las licencias no infringen la ley, sino que hacen uso de una opción prevista en ella misma, pero no con el propósito de seguir incrementando desmesuradamente la protección de las obras, sino de mejorar el acceso a ellas.

Las licencias apelan a la voluntad de los propios creadores, alentándolos a compartir sus creaciones, para lo cual se pone a su disposición contratos pro forma. Como podrá apreciarse, si bien ello supone ciertas ventajas, también implica ciertas limitaciones. La principal de éstas, es que no todos los creadores, ni los titulares de derechos de autor, están dispuestos a compartir siquiera parcialmente usos de sus obras. Es aquí donde radica la mayor limitación de las licencias libres o abiertas: no pueden brindar acceso a las obras que no hacen uso de ellas.

Aun cuando las ideas en sí no son susceptibles de un acto de apropiación, y por consiguiente pueden circular libremente, en ciertas ocasiones el acceso dice relación no sólo con las ideas, sino con obras precisas y determinadas. ¿Cómo garantizar acceso al conocimiento en tal caso? Los mecanismos, en el marco del derecho de autor, son diversos. Pero, en general, ellos suponen disposición legal. Así nos encontramos con las excepciones y limitaciones, las licencias obligatorias y el dominio público, por mencionar sólo algunos de tales mecanismos.

Mediante las excepciones y limitaciones es la misma ley la que autoriza para hacer determinados usos de las obras, sin necesidad de requerir autorización ni mediar remuneración al titular de los derechos. Es el mecanismo usualmente previsto en las leyes para permitir el funcionamiento de bibliotecas, museos y establecimientos educacionales. De hecho, el propio funcionamiento de Internet supone la autorización de copias temporales de las obras en las múltiples máquinas a través de las cuales circula la información.

Las licencias obligatorias también son autorizaciones legales para usar las obras, pero, en cambio, sí dan origen a un pago de derechos a los creadores. Por ejemplo, en las legislaciones de Argentina y Colombia se prevén licencias obligatorias en el mundo editorial, en virtud de ellas, bajo ciertas condiciones, en tales países es posible hacer traducción y publicación de obras en español, cuando el sello editorial original no ha hecho tal traducción.

Por último, las obras en dominio público son aquellas que es posible usar libremente. Usualmente se trata de obras cuyos plazos de protección se encuentran vencidos. Por ejemplo, toda la producción de Julio Verne. Pero también por obras tales como aquellas desarrolladas por funcionarios públicos o para el Estado, aquellas de autores fallecidos sin herederos, o que conforman el folclore de nuestros países. Estas obras, en cierta forma, se han zafado de las restricciones del derecho de autor, permitiendo su acceso y uso libremente.

Las licencias de software y contenidos libres o abiertos brindan mejores condiciones de acceso, permitiendo a las personas concretar su derecho a participar de los progresos de la ciencia, la cultura y las artes. Sin embargo, tienen limitaciones que sólo pueden ser removidas cambiando la ley: fortaleciendo el dominio público, estableciendo licencias obligatorias, estableciendo limitaciones y excepciones al derecho de autor. Todos mecanismos diseñados para equilibrar la necesidad de protección con adecuados estándares de acceso al conocimiento.

# Infracción a las licencias Creative Commons.

**Alberto Cerda Silva**

»Artículo publicado en *Terra Magazine*, en su edición del 15 de diciembre de 2007, bajo el título "Las licencias Creative Commons garantizan protección legal".

A MEDIADOS DE AÑO UNA PRESTIGIOSA TIENDA POR DEPARTAMENTOS CON SUCURSALES A través de Latinoamérica decidió usar la imagen de un panda punk alojada en Flickr para su nueva campaña publicitaria. Dos semanas atrás un influyente matutino de Colombia empleó nuevamente una fotografía alojada en el mismo servicio. En ambos casos los usuarios de las obras, la multitienda chilena y el periódico caleño, no reconocieron créditos a los creadores, ni respetaron la licencia Creative Commons con que ellos habían puesto sus imágenes a disposición del público.

Mientras el creador de la imagen del panda punk había decidido compartir su creación e icono de su banda, con sus amigos y compañeros, la joven fotógrafa colombiana había decidido hacer lo propio con parte de su producción visual. Ambos publicaron su obra bajo una licencia Creative Commons, para facilitar el acceso y uso de sus imágenes por otros. Podrías emplearlas en tu blog, imprimirlas para hacer tarjetas postales, y ocuparlas como protector de pantalla. En fin, nos confirieron más libertades para usar legalmente las obras. Pero había ciertas condiciones mínimas que respetar: condiciones que ni la multitienda, ni el periódico respetaron.

Una exigencia básica del derecho de autor, y también una de las condiciones esenciales de las licencias Creative Commons, es que los usuarios de las obras licenciadas deben reconocer la autoría sobre ellas. Puedes emplear las imágenes, pero en cualquier caso debes precisar quien es su creador; si no reconoces e individualizas a sus autores menoscabas el derecho moral de paternidad de éstos sobre su creación. Y eso es lo que hicieron la tienda por departamentos y el medio de prensa.

Pero la licencia empleada en estos casos tenía una exigencia adicional: la obra no podría ser empleada para fines comerciales. Los autores estaban dispuestos a compartir el resultado de su creatividad, pero no admitían, en principio, que ella fuese explotada con fines de lucro y, para lograrlo, adoptaron una licencia que prohibía usos comerciales. Esta fue la segunda infracción a los términos de la licencia, ambos infractores usaron de las obras para satisfacer las necesidades de su chiringuito.

Hoy el sitio Flickr aloja más de 55 millones de fotografías e imágenes bajo alguna licencia Creative Commons.<sup>27</sup> Cada día son más y más los contenidos libres: publicaciones académicas, música y video, transmisiones de televisión, periódicos y revistas. Pero, tras infracciones como las comentadas, *¿está todo perdido para quienes licencian sus trabajos con Creative Commons? ¿Acaso la cultura libre no tiene protección legal? ¿Qué pueden hacer los autores frente a la infracción de la licencia con que comparten sus obras?*

Una cultura libre no es un entorno anómico, es un espacio con reglas –flexibles, mínimas, permisivas quizá–. Esas reglas en estos casos han sido las previstas en las licencias y, en lo no previsto en ellas, aplica nuestro antediluviano y carcelero amigo (sic): el derecho de autor. Cuando haces uso de una obra licenciada con Creative Commons violando la licencia, no sólo infringes el contrato sino que también la ley. Cuando infringes la ley te haces responsable: civilmente, obligándote a reparar los perjuicios ocasionados; criminalmente, sacrificando en parte tus derechos y libertades como sanción. Eso es lo que arriesgan los infractores.

En nuestras historias, **Mariecita**, la joven fotógrafa, se dio por satisfecha denunciando a El País de Cali y recibiendo excusas de su parte; mientras, **Armando**, el diseñador y músico, fue y obtuvo una compensación económica, la que destinó parcialmente a la habilitación de un laboratorio computacional en una humilde escuela rural al Sur de Chile.<sup>28</sup>

En ambos casos, los creadores disponían de medios legales para defender sus derechos y salvaguardar su creatividad; la ley estaba de su lado. Cada uno de ellos hizo uso de aquellos medios y obtuvo reparación. Cada uno de ellos sigue utilizando las licencias Creative Commons, porque saben que, de necesitarlo, disponen de mecanismos para obtener su respeto y, con ello, satisfacer los propósitos de una cultura libre.

<sup>27</sup> Las cifras corresponden a la fecha de redacción del artículo. A junio de 2009, Flickr suma más de 108 millones de imágenes licenciadas con Creative Commons.

<sup>28</sup> Tras la intervención de ONG Derechos Digitales y una amplia cobertura en los medios nacionales, especialmente electrónicos, el caso del panda punk concluyó en un acuerdo económico entre las partes. Una significativa parte de la suma acordada fue destinada a equipar el laboratorio de computación en la escuela pública E-120 María Saavedra de Chillán. La capacitación y asistencia técnica para su funcionamiento fue comprometida por ONG LinuxChillán.





Tecnología y regulación tienen en común que suelen ser, por separado, temas áridos, complejos y llenos de peculiaridades para el lector casual. En conjunto, cuando se trata de analizar los desafíos que suponen las nuevas tecnologías para la regulación, la ecuación suele ser todavía más compleja.

Este libro es un esfuerzo para superar dicha brecha. Es una recopilación de columnas de opinión escritas entre 2007 y 2008 en las páginas de **Terra Magazine**, en las que, separados en dos capítulos *Entorno Digital y Democracia*, y *Derechos de Autor* los autores reflexionan críticamente respecto de los desafíos que supone la regulación de las nuevas tecnologías a la luz del interés público comprometido.

---

**ALBERTO CERDA SILVA.** Abogado y Magíster en Derecho Público por la Universidad de Chile, donde es Profesor Asistente de Derecho Informático. Ha sido Director de Estudios de la ONG Derechos Digitales y Líder Legal de Creative Commons - Chile. Actualmente es Becario Fullbright para estudios de postgrado en Estados Unidos.

**CLAUDIO RUIZ GALLARDO.** Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Es profesor del Magister en Periodismo Digital de la Universidad Andrés Bello y en el Diplomado en Propiedad Intelectual de la Universidad Finis Terrae. Es Presidente de la ONG Derechos Digitales y líder público de Creative Commons en Chile.