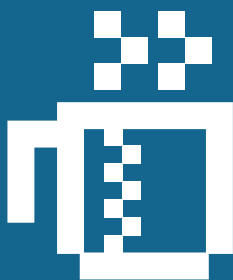


8



(POLIS)DIGITAL

*Algunas reflexiones en torno a políticas públicas
de Desarrollo Digital*

ENTORNO NORMATIVO

Claudio Ruiz - Alberto Cerda

*"El verdadero progreso es el que pone
la tecnología al alcance de todos"*

Henry Ford

polisDigital

Alejandro Barros C.

Con la colaboración de:

Hugo Martínez A., Claudio Ruiz G. y Alberto Cerda S.



Esta publicación tiene el patrocinio del Centro de Sistemas Públicos, Universidad de Chile www.sistemaspublicos.cl

Este libro fue diseñado por:
Juan Pablo Barros M.



Algunos derechos reservados

Esta publicación está bajo Licencia Creative Commons 2.0 Atribución – Compartir Igual 3.0 Chile (CC BY-SA 3.0). Usted 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/3.0/cl/>

Número de Inscripción: 214.608

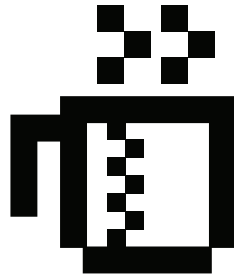
I.S.B.N.: 978-956-345-917-3

© 2012, Alejandro Barros

email: abc@alejandrobarros.com

URL: www.alejandrobarros.com

Twitter: [@abarros](https://twitter.com/abarros)



(polisDigital)

Este capítulo forma parte del libro
polisDigital

8

ENTORNO NORMATIVO

El presente capítulo es escrito por los abogados **Claudio Ruiz y Alberto Cerda**, especialistas en temáticas tecnológicas y derecho informático. El apartado se divide en una serie de columnas sobre temas que se deben debatir a la hora de establecer un marco normativo y entorno apropiado para desarrollar políticas públicas óptimas en relación al desarrollo digital en los países de la región.

El apartado se secciona en **10 textos autónomos**. En primer lugar, se plantea **quién debe ser el dueño de un nombre de dominio**. El segundo documento aborda el proyecto de **Gobierno Electrónico municipal**, que puede significar un avance en las relaciones entre las autoridades locales y los ciudadanos.

La tercera y cuarta columna se focalizan en la temática transparencia pública. Más adelante, los autores se preguntan ¿por qué Latinoamérica no protege la privacidad de sus ciudadanos? Además hay un texto sobre delitos informáticos, así como también otro sobre políticas públicas para la propiedad intelectual.

El capítulo culmina con tres columnas que tratan sobre los estándares documentales abiertos y democracia, los límites al derecho de autor y Creative Commons o cómo acercarse al derecho de autor del futuro.



8.1 ¿QUIÉN DEBE SER EL DUEÑO DE UN NOMBRE DE DOMINIO¹?

Hace un tiempo, el dominio **www.salvadorallende.cl** fue objeto de controversia.

Éste evoca al Presidente chileno que fuera derrocado en 1973 por una Junta Militar, poniendo fin a la democracia en Chile por poco más de 17 años. La denominación estaba asociada a un sitio web que administraba la Fundación del mismo nombre. Ésta 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. De esta forma lo hizo suyo, previo pago, un tercero. Ellos decidieron asociar el nombre de dominio a la figura de Augusto Pinochet, precisamente quien derrocará a Salvador Allende².

El caso es interesante, porque trae a colación varios temas que se vinculan con los nombres de dominio, de los cuales quisiera detenerme en el de quién 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 quién 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.

¹ 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”.

² 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.



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 organizaciones 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.**

La posibilidad de asociar un establecimiento comercial, bien o servicio con un nombre de dominio hizo suponer que 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 manifiestamente 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 se encuentra en medio de un procedimiento destinado a resolver quien será su legítimo titular³, 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 quién 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.**

3 Véase la nota anterior.



8.2 GOBIERNO ELECTRÓNICO MUNICIPAL, UN PROYECTO PARA LA GENTE⁴

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 con el gobierno local alienta el desarrollo de experiencias de Gobierno Electrónico en él. En la actualidad es esencial que los vecinos puedan solicitar información y gestionar servicios, desde todo lugar y a toda hora, independiente del lugar en el cual 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 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.** Los altos costos de implementación versus los siempre exigüos 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.

⁴ Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 19 de septiembre de 2008.

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 estados. 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 trámites municipales. La iniciativa progresivamente pasó 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.



8.3 PROBIDAD Y TRANSPARENCIA PÚBLICA EN LOS TIEMPOS DE INTERNET ⁵

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 imprescindible desplazarse desde la selva amazónica o la estepa patagónica para acceder a información suministrada por el 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.

5 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".

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. El proyecto 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 servicios⁶.

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 miembros⁷. 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.

⁶ 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.

⁷ 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.



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.

8.4 TRANSPARENCIA PÚBLICA Y PRIVACIDAD DE LA INFORMACIÓN PERSONAL⁸

Años atrás, un hospital de la ciudad finlandesa de Rovaniemi decidió poner en Internet el nombre de una persona ingresada por cuidados mentales; el recinto clínico consideraba que la medida era parte de su obligación de transparencia pública. A mediados del año 2008, 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.**

⁸ Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 23 de septiembre de 2008.

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.

Chile ha decidido enfrentar el tema. La nueva ley de acceso a la información pública ha creado un organismo especial: el Consejo para la Transparencia. Esta entidad se encarga 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 personal⁹.

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

¿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.

⁹ 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.



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.

8.5 ¿POR QUÉ LATINOAMÉRICA NO PROTEGE LA PRIVACIDAD DE SUS CIUDADANOS¹⁰?

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–.

¹⁰ 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”.

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 la 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”.

8.6 ¿POR QUÉ UNA LEY DE DELITOS INFORMÁTICOS¹¹?

En el año 2007 fue presentada una iniciativa de ley en el Congreso de Colombia destinada a reglamentar los denominados delitos informáticos. Por su parte, el gobierno de Chile anunció su estrategia digital, en la cual incluyó 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.

¹¹ Artículo publicado en Terra Magazine, en su edición del 15 de octubre de 2007.



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 materia¹².

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.

12 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. La agenda legislativa indica que no habrá un proyecto legislativo en la materia en lo que resta del gobierno de Michelle Bachelet.

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.



8.7 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INTERNET¹³

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 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.

13 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”.

En este contexto, hemos visto cómo el Departamento Nacional de Planeación colombiano presenta 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, en su momento, **gatilló 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 gozan¹⁴.**

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.

14 Finalmente este documento fue aprobado en Julio de 2008 y se ha convertido en guía de política pública en Colombia.



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.**

8.8 ESTÁNDARES DOCUMENTALES ABIERTOS Y DEMOCRACIA¹⁵

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.

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

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.

8.9 LOS LÍMITES AL DERECHO DE AUTOR: LA PARADOJA DE LOS PLAZOS DE PROTECCIÓN¹⁶

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.

16 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”.

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 arrebatarnos 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 miren al futuro a través de normas razonables y justas.

8.10 CREATIVE COMMONS O CÓMO ACERCARSE AL DERECHO DE AUTOR DEL FUTURO¹⁷

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 comercio¹⁸. 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.

¹⁷ 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”.

¹⁸ 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).



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.

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 mundo¹⁹. 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.

19 Esta cifra aproximada corresponde al número de obras licenciadas con Creative Commons a finales del 2007.

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.



PÁGINA CON COMENTARIOS:

Marco Jurídico para el Desarrollo Digital. En este post del 23-06-2009 el autor, a través de una presentación, explica los requerimientos normativos o regulatorios que presenta cualquier política pública de progreso económico, social o cultural en temas tecnológicos.



Comentario 1:

Gracias por compartir la presentación con nosotros. Van algunos comentarios.

Datos personales: no sólo el marco jurídico es débil en Chile, sino que también el marco político. Cuando en Inglaterra hace un año y medio se perdió un CD con datos personales de 25 millones de personas, salió Gordon Brown a pedir disculpa y rodaron cabezas. En Chile, cuando algo así sucedió hace un poco más de un año, sale el Ministro Sec. General de Gobierno jactándose de ser un analfabeto tecnológico diciendo que “hay que pillar al señor hacker” <http://tinyurl.com/ma8ffs>. Una versión TIC de la teoría del jarrón.

PI en Francia: ojo, que el Consejo Constitucional francés echo para atrás la ley que creaba la nueva institucionalidad (HADOPI) por considerar que varios elementos allí relacionados con P2P que atentaban contra la libertad de expresión y consumo, poniendo en practica un principio de “presunción de culpabilidad” <http://tinyurl.com/ma8ffs>.

En cuanto a los temas mas generales de IP, es importante reconocer que existe actualmente en el mundo, en especial en lo que se refiere a países en vías de desarrollo, un debate muy activo sobre las dos caras de la hiper regulación de la PI: barrera de entrada al desarrollo o protección a la innovación. Justamente la próxima semana estaré asistiendo a una conferencia en Naciones Unidas en NY que se anuncia interesante, en la que ambas posiciones se enfrentaran. Por el lado de los protectores de la PI como motor de la innovación: el Senior Copyright Counsel de Google. <http://tinyurl.com/ma8ffs>.

Finalmente, me llama la atención la ausencia de referencias al tema de Creative Commons y las nuevas formas de resguardo de propiedad intelectual en ambientes colaborativos como la web, especialmente en lo que se refiere a contenidos gubernamentales. Es una discusión inexistente en Chile, me parece. Un dato interesante: un minuto después de haber asumido la presidencia, la administración Obama traspaso todos los contenidos del sitio web de la Casa Blanca a Creative Commons y era posible leer el siguiente disclaimer <http://tinyurl.com/ma8ffs>.

Florencio Ceballos.

PREGUNTAS DEL CAPÍTULO

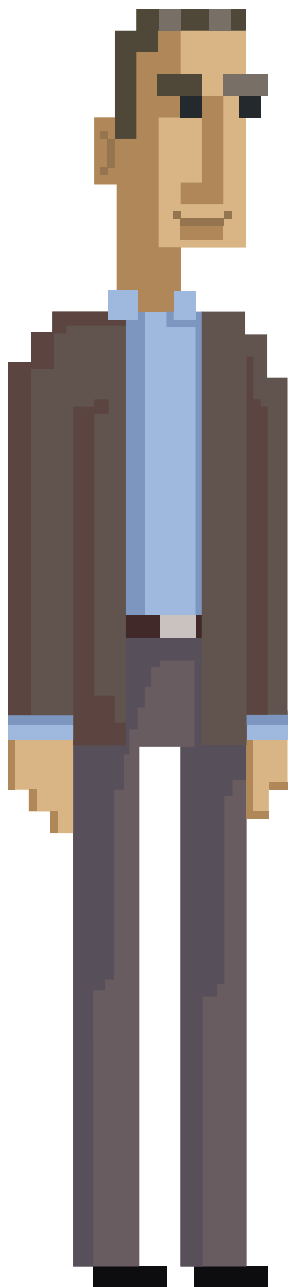
¿Podrán nuestras autoridades comenzar a pensar en la importancia de la protección de la libertad de expresión en Internet como una garantía previa para el ejercicio de otros derechos?

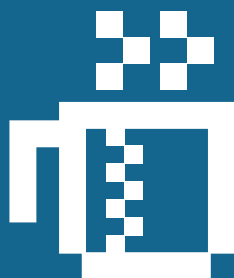
Seguiremos regulando el marco legal de derechos de autor en base a la protección de ciertas industrias sin base alguna en elementos empíricos?, ¿seguiremos creyendo que serán las leyes quienes resuelvan los problemas económicos de esas mismas industrias?

Cada vez que hablamos de innovación pareciera ser que el único camino posible es la sobreprotección de derechos de autor e industriales. ¿No será el momento de pensar en fortalecer otras industrias que generan valor en bienes públicos?

¿Será el fortalecimiento del offshoring y la inversión extranjera la más importante y, única razón, para fortalecer nuestras leyes respecto de privacidad y datos personales?, ¿qué tal volver a pensar en la privacidad como un derecho a ejercer en Internet?

¿Qué posición tomarán nuestras autoridades con los procesos de regulación de Internet recientes, tales como: la ley SOPA en Estados Unidos, la regulación ACTA en Europa y otras iniciativas?





(poliSDigital)