

estrategia
digital

Guía de Propiedad Intelectual

Esta Guía de Propiedad Intelectual forma parte del
Estudio de Uso de Software Libre comisionado por la Estrategia Digital al
Departamento de Ciencias de la Computación de la
Pontificia Universidad Católica de Chile.
Edición 2008-2009

Responsable del Estudio: Jens Hardings Perl, Pontificia Universidad Católica de Chile
Participantes: Alberto Cerda Silva, Andrés Junge Mac-Evoy, Guillermo Lama Antola,
Claudio Ruiz Gallardo, Marcos Sepúlveda Fernández, Marco A. Zúñiga Yáñez.

Se autoriza la reproducción total o parcial de los contenidos de este documento, citando la fuente de autoría

Tabla de Contenidos

1	Introducción.....	2
1.1	Objetivo del informe.....	2
1.2	Metodología.....	2
2	Régimen legal aplicable a la protección del software.....	6
2.1	De la propiedad intelectual en general.....	6
2.2	El software como objeto de protección.....	9
2.3	La titularidad de los derechos sobre el software.....	10
2.4	Duración de la protección.....	12
2.5	Derechos concedidos al titular.....	12
2.6	Uso autorizado de los derechos sobre el software.....	14
2.6.1	Excepciones y limitaciones al derecho de autor en relación con el software.....	14
2.6.2	Software en dominio público.....	15
2.6.3	Licencias de software.....	16
3	Licenciamiento de software y prácticas de licenciamiento libre o abierto.....	17
3.1	Aspectos generales de las licencias.....	17
3.2	El sentido de las licencias de software libre y open source.....	18
3.3	Licencias de software libre u open source.....	20
3.3.1	Licencias sin “copyleft”.....	21
3.3.2	Licencias con “copyleft”.....	23
3.4	Licencias de contenidos o documentales.....	28
3.4.1	GNU Free Documentation License (FDL).....	28
3.4.2	Licencias Creative Commons (CC).....	29
3.5	Conclusiones previas.....	32
4	Revisión de intervención normativa en relación al uso de software libre en los organismos públicos.....	33
4.1	Introducción.....	33
4.2	Legislación Comparada.....	34
4.3	Modelos de Regulación.....	43
4.3.1	Modelo de Software Libre como Principio.....	44
4.3.2	Modelos de Software Libre como Regla.....	46
1)	Uso Exclusivo de Software Libre Sin Excepciones.....	46
2)	Uso Exclusivo de Software Libre Con Excepciones.....	47
3)	Uso Preferente de Software Libre Sin Excepciones.....	48
4)	Uso Preferente de Software Libre Con Excepciones.....	48
4.4	Propuestas en Chile.....	49
4.5	Reflexiones varias.....	52
5	Síntesis y Conclusiones Finales.....	56
6	Anexos	60

1 *Introducción*

1.1 **Objetivo del informe**

El presente informe se inscribe dentro de los productos asociados a la consultoría para la realización de un estudio que proponga un marco en el que se pueda elaborar una normativa o reglamento para el uso de software libre en la Administración del Estado y que incluya un análisis de buenas prácticas internacionales.

El objetivo general de la mencionada consultoría ha sido estudiar la experiencia relevante para los servicios públicos, en el uso de software libre a nivel nacional e internacional, para determinar en qué áreas y bajo qué condiciones resultaría conveniente tomar medidas para fomentar su utilización, proyectando a partir de esto las recomendaciones y proyectos que resulten pertinentes con sus correspondientes evaluaciones.

En lo tocante al modulo legal de la mencionada consultoría, se han previsto dos informes: un primer informe sobre las normas de propiedad intelectual y software libre, correspondiente a la primera y segunda parte de este documento; y, un segundo informe sobre el tratamiento del tema software en la Administración del Estado en el derecho comparado, correspondiente a la tercera parte de este documento.

Adicionalmente, el modulo legal de la consultoría, prevé la posterior elaboración de una guía de tratamiento de la propiedad intelectual para creaciones generadas al interior de la Administración Pública.

1.2 **Metodología**

La consultoría inicialmente emplea un método dogmático, mediante un análisis que permite descomponer un problema jurídico en sus diversos aspectos, estableciendo las relaciones y niveles que permitan disponer de una imagen de la incidencia de la regulación de los derechos de propiedad intelectual en relación con el software y otros contenidos en formato digital, de modo de garantizar comprensión en los apartados posteriores de la misma.

Para tales fines se ha realizado un análisis documental mediante la revisión del tema, sus caracteres y principales problemáticas jurídicas asociadas al mismo, con un acucioso examen a las fuentes formales del derecho, tanto de derecho interno como de derecho comparado, cuyo contenido se describe seguidamente.

La **primera parte** del informe consigna **aspectos generales de protección legal del software**, comúnmente agrupados bajo la denominación de propiedad intelectual. Tras una descripción general de cada una de las categorías que la propiedad intelectual comprende, se precisa las circunstancias que conducen a la consultoría a prescindir de algunas de ellas - tales como las concernientes a marcas, nombres de dominio, y denominaciones de origen-

para profundizar en aquellas que dicen relación con aplicaciones informáticas y documentación, usualmente resguardada por copyright o derecho de autor.

Prosigue esta parte del informe con la descripción en detalle del régimen legal aplicable a la protección del software en Chile. Para ello se verifica un levantamiento de la legislación aplicable en el país, a fin de disponer de certeza no sólo en cuanto al régimen legal aplicable al software y productos intangibles, sino también garantías en cuanto a la pertinencia de propuestas ulteriores.

Previo a proseguir, es oportuno formular una prevención general, la cual dice relación con las limitaciones intrínsecas a un estudio que pretende examinar una legislación sumergida en un proceso de reformas.

En efecto, la actual normativa nacional sobre derechos de autor, contenida en la Ley 17.336 sobre propiedad intelectual, ha sido objeto de dos reformas recientes, que en lo sustantivo apuntan a la implementación de acuerdos internacionales suscritos por Chile en la materia. Sin embargo, junto a tales reformas cabe destacar el hecho de que actualmente está en discusión una nueva modificación a la ley sobre propiedad intelectual. Una modificación que, dicho sea de paso, incide en el marco normativo aplicable al software en particular y al entorno digital en general.

El proyecto de ley en tramitación incluye, entre otras, materias concernientes a dominio público, excepciones y limitaciones al derecho de autor y titularidad de los derechos sobre software. Tópicos vinculados con el objeto de este informe. El primero, porque implicará el enriquecimiento del dominio público y con ello eventualmente de tipo de obras –software incluido- disponible con cierta libertad; el segundo, porque prevé el establecimiento de excepciones específicas en relación con los programas de ordenador, tal como la denominada ingeniería inversa; y, el tercero, porque, de prosperar, alterará las reglas actualmente vigentes en relación a quién es el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre un software.

Así entonces, el proyecto de ley recién referido resiente la vigencia de las conclusiones previstas en este estudio. A ello cabe adicionar que Chile ese ha comprometido a adoptar ciertas decisiones en lo concerniente a las medidas de protección tecnológicas efectivas, dispositivos técnicos empleados por los titulares de derechos de autor para controlar el uso y acceso a las obras. Ello, junto a otros tópicos, compromete la agenda legislativa en la materia durante los próximos años, lo cual redundará en que los resultados de este estudio sean temporalmente precarios en estos extremos.

Enseguida, en la **segunda parte** del informe, la consultoría considera el licenciamiento de software en general y particularmente las prácticas de **licenciamiento de software y contenidos abiertos o libres**. Frente a la necesidad de recurrir a nuevos mecanismos de licenciamiento de software por parte de la Administración del Estado, y considerando la oportunidad que significa la existencia de tales licencias y su extendido uso, el objetivo principal de esta parte de la consultoría ha sido sistematizar las principales ideas que giran en torno a la posibilidad de hacer uso de dichas licencias en el contexto de las actividades

propias de los organismos públicos.

La consultoría considera las características comunes a todo software libre o de código abierto, para enseguida revisar las principales prácticas de licenciamiento y las posibilidades, ventajas e inconvenientes, de naturaleza jurídica que ofrecen para su empleo. Desde ya cabe consignar que las entidades que suministran software de código abierto o libre lo hacen mediante acuerdos o licencias que permiten a los usuarios copiar, usar o ejecutar, redistribuir –con o sin ánimo de lucro– y modificar el software. Sin embargo, junto a las condiciones generales imprescindibles para la propia configuración de un software como de código abierto o libre, cada entidad puede sumar obligaciones diversas a los licenciarios. Ello exige una revisión de las distintas prácticas de licenciamiento.

Dada la multiplicidad de licencias, para esta consultoría se ha determinado circunscribir el examen a un grupo de ellas, a saber las más habituales, esto es, la GPL y la LGPL, ambas alentadas por la Free Software Foundation, y que representan en conjunto sobre el 80% del software licenciado bajo la modalidad de libre o código abierto. A ellas agregaremos la revisión de Berkeley Software Distribution (BSD), que representa un poco más de dicho 5% de licenciamiento.

Adicionalmente, pese a su escaso empleo, nos parece oportuno referir el análisis a MIT License (MIT), Artistic License, Sun Public License (SPL) y Mozilla Public License (MPL) que hemos considerado relevante incluir dadas las peculiaridades que evidencia y su eventual interés. A requerimiento de la contraparte técnica se ha incluido la recientemente adoptada Licencia Pública de la Unión Europea (EUPL), la que, pese a su escasa aplicación, evidencia el reconocimiento que la Unión da a las prácticas de licenciamiento libre.

En relación al licenciamiento de contenidos, por ejemplo aquel aplicable a los estudios o inclusive a la propia documentación de un software, la consultoría se extenderá a la revisión de licencia documental alentada por la Free Software Foundation, GNU Free Documentation License (GFDL), así como a las licencias Creative Commons (CC), sistema de licenciamiento de contenidos ampliamente extendido.

Cabe destacar que las prácticas de licenciamiento de software y contenidos seleccionadas a efectos de la consultoría ya fueron empleadas en su oportunidad por los consultores,¹ y una opción similar por tales licencias se observa en la literatura especializada, así en los estudios

¹ Daniel ALVAREZ, Alberto CERDA y Rodrigo MOYA, “*Propiedad Intelectual y Software. De la posibilidad de Licencias de Código Abierto en la Administración del Estado*”, Informe para el Proyecto de Reforma y Modernización del Estado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago de Chile, 2004. En el mismo sentido, Alberto CERDA, “*Una aproximación al licenciamiento abierto: software libre, open source y creative commons*”, en Memorias IV Congreso Internacional de Derecho, CIDER 2005, Universidad de Aquino, Bolivia, 2005, pp. 19 – 26.

de Liang², Rosen³, St. Laurent⁴, Fitzgerald y Bassett.⁵ En todos los casos, con salvedad respecto de la EUPL, adoptada recién el pasado 2007.

La revisión de las prácticas de licenciamiento de software libre y open source, así como de licenciamiento abierto de contenidos, permitirá disponer de elementos de análisis para la adopción de sus mejores prácticas en el tratamiento de los temas vinculados a propiedad intelectual de los organismos de la Administración del Estado sobre el software.

La **tercera parte** del informe, sobre la base de identificar modelos de intervención, revisa **experiencias de derecho comparado en cuanto a la intervención normativa en relación al uso de software libre en los organismos públicos**, sobre la base de cuyos antecedentes será posible proponer un marco en el que se pueda elaborar una normativa o reglamento para el uso de software libre en la Administración del Estado, ya que al considerar las ventajas y desventajas de modelos específicos –desde una perspectiva jurídica–, podrán hacerse recomendaciones al efecto.

Finalmente, se ha estimado conveniente consignar **Síntesis y Recomendaciones Finales**, las cuales contienen un resumidero de lo avanzado a lo largo del informe y precisan las recomendaciones inmediatas que supone una eventual intervención normativa en la materia.

Complementan este Informe un **Anexo**, en el cual se incluye el texto de las disposiciones de la normativa nacional sobre propiedad intelectual atinentes, el link hacia las prácticas de licenciamiento revisadas en el cuerpo del informe, mientras que el texto de las leyes adoptadas en materia de software libre en el derecho comparado se ha consignado a pie de página en el texto mismo del informe.

-
- ² Lawrence LIANG, “*Guide to open content licenses*” v1.2, Piet Zwart Institute, Willem de Kooning Academy Hogeschool, Rotterdam, 2004. El autor considera prácticas de licenciamiento abierto de contenidos, hemos excluido del análisis aquellas asociadas a la circulación de obras audiovisuales y musicales, por no resultar atinentes a efectos de la consultoría.
- ³ Lawrence ROSEN, “*Open Source Licensing. Software Freedom and Intellectual Property Law*”, 2nd printing, Prentice Hall Professional Technical Reference, New Jersey, 2005.
- ⁴ Simon St. LAURENT, “*Understanding Open Source & Free Software Licensing*”, 1st edition, O’Reilly, California, 2004.
- ⁵ Brian FITZGERALD et Graham BASSETT (ed.), “*Legal Issues Relating to Free and Open Source Software*”, Queensland University of Technology, School of Law, Australia, 2003.

2 Régimen legal aplicable a la protección del software

2.1 De la propiedad intelectual en general.

La protección legal de los activos intelectual se verifica a través de un régimen normativo especial usualmente denominado “*derechos de propiedad intelectual*”, que confieren a su titular una amplia gama de facultades a ejercer exclusivamente respecto del bien sobre el cual recae, el que consiste en una creación de la mente, tal como una obra literaria o artística, una invención, un signo distintivo u otros.

Los derechos de propiedad intelectual tienen diversas manifestaciones, lo que da lugar a marcos legales distintos, según la categoría de bienes sobre la cual recaen tales derechos. Así, se distinguen: las patentes, los derechos de autor o copyright, los derechos conexos, los modelos industriales, las denominaciones de origen e indicaciones geográficas y las marcas.

Desde ya, es conveniente considerar que en la terminología usualmente empleada en foros internacionales y en Estados Unidos, la expresión propiedad intelectual refiere a los distintos marcos normativos recién mencionados. En cambio, en Chile la expresión propiedad intelectual suele tener un sentido más restringido, que refiere exclusivamente al estatuto de derechos de autor, mientras que las restantes disciplinas son englobadas en la expresión genérica “propiedad industrial”. Para efectos de este informe, al referir a propiedad intelectual lo hemos hecho en el basto sentido primeramente señalado, refiriendo a derecho de autor o copyright como tales, cuando es del caso.

Ahora bien, a pesar de tratarse de distintos sistemas de protección los incluidos bajo la denominación “derechos de propiedad intelectual”, existen ciertos elementos en común entre todos ellos: se trata de un régimen legal de protección de las creaciones del intelecto; los derechos que se confieren a su titular lo son por un determinado lapso de tiempo, si bien en ocasiones renovable; los derechos de su titular le permiten explotar económicamente su propiedad por sí mismo o por terceros (a través de una licencia o autorización); y, en su reglamentación debe considerarse el interés público de los usuarios o consumidores.

La reglamentación en detalle de los derechos de propiedad intelectual se verifica a través de la legislación interna de los distintos países, lo cual en ocasiones conduce a algunas diferencias. Así en ocasiones se producen diferencias de criterios en cuanto a si proteger o no determinadas creaciones. Es el caso de las bases de datos no originales, protegidas por los Estados miembros de la Unión Europea y Uruguay con un sistema *sui generis*, mientras que en el resto de los Estados –incluido Chile– no se les reconoce protección a través de normas derecho de autor ni sobre propiedad intelectual, sino que de competencia desleal.

En otras ocasiones, las diferencias se producen en cuanto al sistema a través del cual se protege un cierto tipo de creaciones. Es el caso del software, que por lo general es protegido a través de derechos de autor, cual sucede en Chile; sin embargo, Estados Unidos y Japón también se lo protege, en determinados casos, con patentes.

Y, finalmente, en más oportunidades se producen diferencias de un país a otro en detalles sobre la protección de un determinado bien por un mismo sistema legal. Así ocurre, por ejemplo, en los plazos de vigencia de los derechos, en los procedimientos administrativos o judiciales de protección, en las limitaciones o excepciones establecidas en resguardo del interés público, por mencionar algunas.

Sin embargo, para reducir las diferencias entre los distintos Estados, de manera de brindar un estándar mínimo de protección homogénea a los titulares de derechos de propiedad intelectual, se han suscrito diversos tratados multilaterales, regionales y bilaterales a través de los cuales se ha avanzado en la armonización internacional de las normas. Así, por ejemplo, en el caso de los derechos de autor ha sucedido desde el centenario Convenio de Berna, y más recientemente a través de los Acuerdos sobre determinados Derechos de Propiedad Intelectual de relevancia para el Comercio (ADPIC), suscritos en el marco de la Organización Mundial de Comercio (OMC), y con los Tratados Internet de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).

Dada la amplia gama de derechos de propiedad intelectual, previo a proseguir, es necesario circunscribir el alcance del tema objeto de la consultoría, para, enseguida, considerar sí cada uno de los distintos regímenes normativos de derechos de propiedad intelectual resulta pertinente a efectos de la misma consultoría.

Según ha quedado consignado en las consideraciones previas, la principal preocupación, a la hora de convocar la consultoría, radica en el marco normativo concerniente a la propiedad sobre software. Hemos entendido que tales intangibles corresponden a códigos fuente o códigos binarios, así como la diversa documentación asociada a los mismos.

* * * * *

Antes de proseguir, y dada la extensión de los derechos de propiedad intelectual, es conveniente referir a cada uno de sus regímenes normativos y precisar las circunstancias que conducen a desestimar o incluir su tratamiento en la presente consultoría. Estos son: patentes, marcas y nombres de dominio, denominaciones de origen e indicaciones geográficas, modelos y diseños industriales, derechos de autor o copyright y derechos conexos. Consideraremos cada uno de ellos en el mismo orden.

Una **patente** es un derecho exclusivo concedido por la autoridad a una persona por una invención, es decir, un producto o procedimiento que aporta, en general, una nueva manera de hacer algo o una nueva solución técnica a un problema.

El marco normativo de las patentes ha sido desestimado para el análisis de la consultoría, por cuanto presupone que el software y demás intangibles asociados son objeto de protección por él, lo cual sólo acontece parcialmente en Estados Unidos y Japón, no así en el resto de los países, varios de los cuales inclusive han calificado explícitamente al software como no patentable.

Cabe consignar que en Estados Unidos también se confiere protección por patentes a los métodos de negocios, siempre que concurren los requisitos que hacen procedente tal patentamiento. Así, por ejemplo, ha acontecido con el carro de compras de Amazon. Sin embargo, tal circunstancia no altera la determinación de la consultoría de excluir el tratamiento del tema en la misma, ya que el patentamiento de métodos de negocios sólo tiene lugar en Estados Unidos y no aplica en Chile, ni constituye un estándar aceptado internacionalmente por organismo alguno.

Una **marca** es un signo distintivo –nombre, logotipo, frase, sonido u aroma, según las distintas legislaciones– que indica que ciertos bienes o servicios han sido producidos o proporcionados por una determinada persona o empresa. Por consiguiente, las marcas apuntan preferentemente a conferir identidad a un bien o servicio en beneficio de su propio productor y de los consumidores.

El régimen legal de las marcas también ha sido desestimado por la consultoría porque, aun cuando el software goce o genere una marca, no es ésta lo relevante, sino los derechos, el acceso y el uso que se puede hacer del software y particularmente el licenciamiento de éste.

Parcialmente vinculado al régimen de marcas se encuentran **los nombres de dominio**, respecto de los cuales se discute si constituyen derechos de propiedad intelectual, particularmente cuando un registro de nombre de dominio se corresponde íntegra o parcialmente con un registro marcario.

Básicamente, un nombre de dominio confiere derechos temporales a su titular para obtener la localización de un determinado recurso en Internet, a través de la asociación del número IP del mismo con una determinada secuencia alfanumérica. Este derecho se ejercer respecto de una entidad registral de carácter global o local –gTLD/ccTLD– que administra una base de datos relacional que asocia el nombre de dominio a un número IP.

No es esta la ocasión para corroborar o desmentir la asociación conceptual de nombres de dominio con marcas u otros derechos de propiedad intelectual. Sin embargo, si conviene explicitar que el sistema de nombres de dominio tampoco resulta relevante a efectos de la presente consultoría, ya que él tiene por propósito la localización de recursos en Internet y no condiciona los derechos, el acceso o el uso del software, aun cuando ellos se alojen en determinado sitio web.

La normativa sobre **dibujos y modelos industriales** apunta a conferir, por un determinado tiempo, ciertos derechos en relación con los aspectos ornamentales o estéticos de un determinado bien, tal como sus rasgos tridimensionales, forma o superficie, diseño, líneas y colores. La naturaleza del software hace innecesaria la revisión de este marco normativo, desde que resulta impertinente al mismo. De ahí, entonces, que la consultoría no se extienda sobre este punto.

Una **indicación geográfica** es una seña o aviso de que un producto determinado proviene de una zona geográfica concreta. Su objetivo es permitir a los productores y consumidores la identificación de un determinado producto cuyas cualidades están idealmente asociadas a su procedencia u origen. Así es bastante usual su empleo en productos vitivinícolas, vinos y

licores, así como en tabaco, quesos y chocolates, aun cuando también se lo ha empleado para productos industriales, tal como el acero.

Como salta a la vista, la consultoría no se extiende a las indicaciones geográficas, ni denominaciones de origen, por ser ajenas a la regulación del software.

El **derecho de autor** corresponde al conjunto de derechos que se confieren a una persona en relación con una determinada obra artística, literaria o cultural. Es, además, el marco normativo internacionalmente aceptado para conferir derechos a una persona en relación con bases de datos, obras multimedia, diseños web y, en lo que nos importa, programas de ordenador o software. En este sentido el derecho de autor extiende su aplicación a diversas categorías de obras, entre las cuales cuenta el software, respecto del cual ampara tanto el código fuente como el código objeto, así como la demás documentación asociada a él.

El derecho de autor –también denominado **copyright** en los países del *common law*– es inequívocamente, por consiguiente, el marco normativo pertinente en relación con el objetivo de la consultoría. De ahí, entonces, que este capítulo se extienda sobre tal régimen normativo y su aplicación al software, para lo cual recurrirá a la revisión de la normativa nacional.

Los derechos conexos, también conocidos como “derechos conexos al derecho de autor”, protegen a determinadas personas u organizaciones que contribuyen a poner las obras a disposición del público, o de aquellos que aportan creatividad, técnica u organización en este proceso. Ellos son los artistas, intérpretes o ejecutantes, productores, y organismos de radiodifusión.

Para efectos de la presente consultoría, pese a la estrecha relación que los derechos conexos guardan con el derecho de autor, aquéllos no serán abordados. Esto, fundamentalmente, porque resultan ajenos al software y demás bienes intangibles asociados al mismo.

* * * * *

En síntesis, a modo de conclusión de este apartado del informe, se entiende que el objetivo general de la consultoría, permiten sostener que ésta implica revisar el actual régimen nacional de derechos de autor, en lo relativo a la propiedad intelectual sobre software, esto es: código objeto, código fuente y demás documentación asociada.

2.2 El software como objeto de protección

En general, es posible señalar que el derecho de autor tiene por objeto la protección de obras emanadas de la inteligencia humana materializadas en un soporte que revistan el carácter de original.

Uno de los principios fundamentales de la protección del derecho de autor es que éste no

protege las ideas sino sólo su expresión formal. Es decir, si bien su objeto es la protección obras emanadas de la inteligencia humana, éstas deben haber sido previamente fijadas en algún soporte material para poder gozar de la protección que entrega el sistema de derecho de autor. No se protegen las ideas, sino una vez que ellas se encuentran debidamente fijadas en un soporte que permita su goce ulterior.

Además, la característica fundamental de la protección del derecho de autor es que sólo se protegen obras que revistan el carácter de original, aun cuando existe una ardua discusión respecto de cual sea el estándar mínimo de originalidad que permite a una obra obtener la protección legal.

La ley realiza una enumeración no taxativa de cual es el objeto de protección de derecho de autor, contemplando en su artículo 3 numeral 16 a los programas computacionales, sin importar su forma de expresión, tanto como programa fuente u objeto, agregando expresamente la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso.

La misma ley se ha encargado de conceptualizar que entiende por un programa computacional, el cual es definido como un conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado. La ley agrega que tal conjunto de instrucciones se encuentran contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material; sin embargo, la exigencia de soporte material –que no es usual en el derecho comparado– no es determinante para invocar la protección de la ley.

2.3 La titularidad de los derechos sobre el software

Lejos de ser una pregunta retórica, la pregunta respecto del sujeto de la protección del derecho de autor debe ser una de las preguntas claves a tomar en consideración cuando se analiza esta regulación.

En principio, el derecho de autor está pensado en la protección de los intereses de los creadores de obras intelectuales, los autores. En este sentido, el titular original del derecho de autor en general y salvo casos de excepción que varían de país en país es el creador de la obra, el autor. En buena parte de la normativa analizada además los titulares originales de los derechos de autor deben ser personas naturales y no personas jurídicas, pudiendo estas últimas, no obstante ser sujetos de derecho de autor, pero sólo en calidad de titular derivado, como veremos.

La masificación de los derechos de autor, y en particular su creciente importancia dentro del comercio internacional ha supuesto una serie de modificaciones a la forma en la que tradicionalmente dichos derechos se han entendido. Esto explica, entre otras cosas, la existencia de titulares de derecho de autor distintos a los creadores originales de las obras que son objeto de regulación y que muchas veces ni siquiera están dentro del circuito de la creación, pero que progresivamente han tenido una importancia radical en la regulación de estos derechos. Ejemplos de titulares derivados son precisamente las empresas

desarrolladoras de software.

En el caso de la legislación chilena, para determinar quién es el titular de los derechos sobre un software, es necesario distinguir si el desarrollo se hace por sí o a través de terceros. Si se verifica directamente por sí, la titularidad se radica en la persona misma del desarrollador. En cambio, si el desarrollo del software se realiza por cuenta de un tercero, es necesario distinguir si ello tiene lugar en el marco de una relación de prestación de servicios con dependencia o no.

En el primer caso, esto es, cuando el software es desarrollado en el marco de una relación de dependencia, la ley establece una presunción de titularidad que favorece al empleador. De esta manera los derechos se radican en la empresa empleadora, siempre que concurren los siguientes requisitos: que exista relación laboral con los dependientes, que el programa se haya hecho dentro de dicha relación de subordinación y dependencia, y que dentro de la relación laboral con los dependientes se encuentre precisamente la escritura de código.

En el segundo caso, esto es, cuando el desarrollo del software se hace por encargo sin mediar dependencia, es necesario distinguir si el desarrollo se verifica con el fin de ser comercializado o no. En el supuesto de programas computacionales producidos por encargo de un tercero con el fin de ser comercializados por su cuenta y riesgo, se produce una cesión legal de derechos a favor de quien hace el encargo. En caso contrario, los derechos se entienden radicados en el desarrollador mismo.

Con todo, las dos hipótesis referidas en los párrafos precedentes no obstan al principio de autonomía de la voluntad, vale decir, se admite la posibilidad de estipular condiciones distintas, modificando los efectos inicialmente previstos por la ley en cuanto a la titularidad de los derechos.

* * * * *

El proyecto de ley que modifica la ley de propiedad intelectual introduce modificaciones en el estatuto del software, en lo concerniente a la titularidad de derechos sobre el software desarrollado por encargo. El texto propuesto establece que ya sea que el software haya sido encargado o no a efectos de su comercialización ulterior, la titularidad de los derechos se radica siempre en quien lo encarga, salvo estipulación escrita en contrario.

De prosperar la propuesta normativa en comento, en lo sucesivo, salvo disposición en contrario, las empresas desarrolladoras o desarrolladores individuales perderán los derechos de autor sobre las aplicaciones o software que desarrollan por encargo, y no podrán hacer uso de él para efectos de realizar un desarrollo posterior para sí o para terceros, situación en la que usualmente se encuentran los organismos públicos.

2.4 Duración de la protección

El derecho de autor supone, como primer principio, que por el sólo hecho de la creación, una obra susceptible de ser amparada por este régimen se encuentra automáticamente protegida: es lo que se denomina sistema de protección automática.

Un segundo principio, que apunta en el mismo, es el principio de la falta de formalidad. Esto quiere decir que la protección que otorga el derecho de autor no supone necesariamente previa actividad de la autoridad administrativa de ningún tipo. La protección que otorga el derecho de autor no está condicionada a lo que diga alguna autoridad, ni es imprescindible el registro de la obra. Sin embargo, existe un registro, cuyo efecto es brindar mejor prueba al titular de los derechos.

Dado lo anterior, la protección que entrega el sistema de derecho de autor no requiere formalidad previa. Esto no obsta, sin embargo, a que sea necesario que la obra tenga una determinada expresión formal. La protección del derecho de autor no es una protección de ideas, según lo antes mencionado, sino que es una protección hacia la *formalidad de la idea*, sin que sea relevante el modo en el cual dicha idea se exprese.

En principio, los derechos de autor son entregados a los creadores con el objetivo de darles incentivos para seguir creando obras y, de alguna forma, vivir de la creación intelectual. Es eso lo que explica que los derechos de autor tengan como característica básica y fundamental el hecho que revisten carácter temporal. No es un derecho perpetuo, es un derecho que tiene una limitación temporal desde su inicio, tiempo que está determinado por estándares internacionales y en definitiva por la ley.

Si bien hoy existen estándares internacionales relativos al plazo de protección del derecho de autor, la realidad indica que los países finalmente adaptan normas que no siempre se ajustan a dicho estándar. A mayor abundamiento, el Convenio de Berna establece el estándar de protección de toda la vida del autor más cincuenta años luego de su muerte, como el plazo que los países miembros de la Unión debieran respetar como estándar mínimo.

En el caso de Chile, la adopción del tratado de libre comercio con Estados Unidos llevó a adoptar estándares más fuertes de protección, extendiendo el plazo, como regla general, a toda la vida del autor más setenta años. Ahora bien, tratándose de programas computacionales de titularidad de personas jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, la protección será de 70 años a contar desde la primera publicación.

2.5 Derechos concedidos al titular

El derecho de autor, como decíamos anteriormente, contempla una serie de derechos que se le entregan al autor por el sólo hecho de la creación de la obra. Y estos derechos son de naturaleza muchas veces diferentes, por lo que tradicionalmente se dividen en derechos patrimoniales y derechos morales.

Los primeros, derechos patrimoniales, son los derechos de que goza el autor y que se

refieren básicamente a los beneficios económicos que derivan del aprovechamiento de la obra. Si bien algunos sostienen que estos derechos patrimoniales no están sujetos a *numerus clausus*, las normativas nacionales generalmente aceptan como derechos patrimoniales el derecho de publicación (derecho a publicar una obra en uno o varios territorios), comunicación pública (permitir la difusión de la obra a terceros), reproducción (generar copias de la obra en cualquier forma o formato), adaptación o transformación (permitir traducción, arreglo o modificación de una obra), y distribución (permitir la distribución pública de obras o copias mediante venta o alquiler, según los casos).

Estos derechos son transmisibles, esto es, pueden ser heredados y además son esencialmente transferibles, es decir, pueden ser cedidos mediante un contrato, de manera que su titular pueda ser una persona distinta del autor. Por ejemplo, el caso del sello discográfico que mediante contrato obtiene del autor la distribución exclusiva de una obra musical, o el sello editorial que contractualmente dispone de la traducción en exclusiva de una obra de determinado escritor.

Los segundos, derechos morales, son una particularidad de nuestro sistema de derecho de autor continental, toda vez que en el sistema del *copyright* propio de los países con tradición jurídica del *common law*, la institución de los derechos morales no existe como tal, principalmente porque en esta tradición lo relevante es la forma en que se explotan los derechos patrimoniales desde el punto de vista de protección de la creación.

Se explica en nuestra tradición la existencia de estos derechos por la noción de derecho de autor como un derecho humano, por lo que la ley protege las obras en su calidad de ser una emanación de la personalidad del autor, una forma en la que la persona misma del autor se representa ante el mundo y la realidad.

En Chile, los derechos morales reconocidos a los autores –en su caso, para los desarrolladores de software– son: el derecho de paternidad, o a reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido; el derecho de integridad, esto es, el derecho a oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento; el derecho a mantener la obra inédita; el derecho a autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere; y, el derecho al anonimato, que le permite exigir que se mantenga su obra anónima o seudónima, mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común o dominio público.

Por la propia naturaleza de estos derechos morales, es que ellos son perpetuos, inalienables (no es posible enajenarlos), inembargables (no pueden ser sujetos de medidas de apremio legal) e irrenunciables. Tanto es así que en gran parte de las legislaciones de raíz continental es nulo cualquier pacto en contrario. Cualquier contrato o instrumento privado que tenga como objeto regulación sobre derechos morales tiene la sanción legal de la nulidad.

En el caso de la regulación de los programas computacionales este último punto es especialmente importante, según veremos, toda vez que las licencias de software y las licencias de contenido abierto o libre en ningún caso pretenden regular los derechos morales,

sino que únicamente los derechos de carácter patrimonial. Con ello se evita introducir un elemento de incertidumbre en cuanto a la licitud de tales licencias entre los países de derecho continental.

Dado que para la legislación chilena el software se protege en cuanto ‘obra literaria’, el titular del derecho goza tanto de derechos de explotación económica, los denominados derechos patrimoniales, como asimismo de los derechos morales.

Adicionalmente a los derechos patrimoniales ya mencionados, la ley confiere a los autores (sic) de los programas computacionales el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público del programa. Sin embargo, tal derecho de arrendamiento no es aplicable a los programas computacionales, cuando éstos no son el objeto esencial del arrendamiento.

2.6 Uso autorizado de los derechos sobre el software

El sistema de derechos de autor responde a un equilibrio entre los intereses de los autores, por una parte, y los intereses del público, de toda la sociedad. La forma en la cual la normativa garantiza el respeto de los intereses de los autores o titulares es a través de la serie de derechos patrimoniales y morales que la ley les reconoce y que en el punto anterior desarrollamos. La forma en la cual se expresan los intereses de la sociedad es, principalmente, a través de la existencia de excepciones y limitaciones al derecho de autor y del denominado dominio público.

En lo fundamental, las excepciones y limitaciones, así como el dominio público, configuran casos en los cuales la ley autoriza el uso de las obras. De ahí que en tales casos se pueda hacer ejercicio de aquellos derechos inicialmente monopólicos que la ley atribuye al titular, sin requerir su autorización siquiera.

2.6.1 Excepciones y limitaciones al derecho de autor en relación con el software

Excepciones y limitaciones se distinguen en doctrina, pero en general se configuran como autorizaciones que entrega la ley para usar una obra intelectual sin pedir permiso al titular ni pagar remuneración al autor o titular del derecho de autor. No viene al caso aludir a las excepciones actualmente vigentes en nuestra normativa, salvo en lo que respecta al software.

En relación a las excepciones al derecho de autor, para efectos de los programas computacionales, nuestra normativa –incisos segundo y tercero del artículo 47– establece que la adaptación o copia de dichos programas realizada por parte de su legítimo dueño no constituye infracción a la ley siempre que se cumplan determinados criterios. En el caso de la adaptación, que ésta sea esencial para su uso en un computador determinado y no se le destine para un uso diverso. En el caso de la copia que se realice del programa, ésta debe ser esencial para fines de archivo o respaldo (back-up) o para la ejecución del programa (carga).

Las copias antes mencionadas no pueden ser transferidas a ningún título, salvo que lo sean con el programa computacional matriz. Esto es evidente, toda vez que en dicho supuesto las copias a las que se hace referencia son parte sustantiva del software que se distribuye.

* * * * *

El proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional que modifica el estatuto del software, también introduce modificaciones en lo relativo a excepciones y limitaciones al derecho de autor aplicables a los programas computacionales. En lo relevante, con una errática redacción, el proyecto conserva las excepciones actualmente vigentes, adicionando dos nuevas excepciones, una para ingeniería inversa y otra para fines de seguridad.

Siguiendo las tendencias de la normativa europea y estadounidense, el proyecto permite que, sin autorización del titular y sin mediar remuneración, se puedan realizar actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional. Tal proceso permite pasar desde archivo ejecutable de un software al código fuente. Ello resultará lícito siempre que se realice con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo.

La segunda novedad en el proyecto de ley es una excepción que permite actividades que se realicen sobre un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del mismo u otros programas, de la red o del computador sobre el que se aplica.

2.6.2 Software en dominio público

Otras de las formas en las que se manifiesta el equilibrio de intereses del que hemos hecho alusión anteriormente es a través de lo que se ha denominado dominio público. Dominio público es la situación jurídica en la que quedan las obras luego de haberse extinguido el plazo de protección que otorga la ley a favor de los titulares del derecho de autor o bien cumpliéndose determinadas situaciones especiales mediante las cuales se extinguen los derechos patrimoniales de autor.

Al ingresar al dominio público, en definitiva, las obras intelectuales pasan a enriquecer el acervo común de la sociedad y por tanto todos sus miembros pueden gozar de dichas obras libremente sin que ninguna de ellas pueda adquirir derechos exclusivos sobre ellas.

En el caso de Chile, las posibilidades de que el software ingrese a dominio público resultan muy marginales, pues los extensos plazos de vigencia del derecho de autor tornan inútil los programas de computador una vez vencidos. Otras hipótesis de dominio público, en nuestro país, son: obras de autor desconocido; obras cuyos titulares renunciaron a la protección legal; ciertas obras de autores extranjeros; y, las obras expropiadas por el Estado.

En cambio, en ciertos países –por ejemplo, Estados Unidos– es frecuente disponer de software de dominio público, ya que en él el software desarrollado por el Gobierno forma

parte del dominio público, salvo casos de restricciones de seguridad u otras. Mientras, en Chile, el Estado y los organismos públicos en general son titulares del derecho de autor respecto de las creaciones de sus funcionarios en el desempeño de sus cargos.

2.6.3 Licencias de software

Cuando una obra cualquiera –software incluido- no se encuentra en dominio público, ni existe una excepción o limitación al derecho de autor que autorice su uso, quien pretende hacer uso de tal obra necesariamente debe acudir al sistema de licencias o autorizaciones contractuales.

Dicho en otros términos, dado que el derecho de autor –bajo la lógica de *todos los derechos reservados*– confiere un monopolio en la explotación de la obra, al faltar la autorización legal, quien quiera hacer uso de algunos de tales derechos deberá pedir autorización al titular de éstos. En el próximo apartado, abordaremos este tema con mayor profundidad.

3 Licenciamiento de software y prácticas de licenciamiento libre o abierto

3.1 Aspectos generales de las licencias

Las licencias son un mecanismo legal a través del cual el titular de los derechos de autor o “licenciante” autoriza a un tercero o “licenciatarario” para hacer ciertos usos de la obra respecto de la cual tiene derechos. Así, por ejemplo, el licenciante puede permitir que se hagan impresiones de su libro, que se traduzca la letra de una canción o se adapte un software.

Las licencias son necesarias porque, tal como lo señalamos, el derecho de autor o copyright se estructura sobre la base de conferir derechos exclusivos al titular para la explotación de su obra, vale decir, instituye un verdadero monopolio sobre la obra. De esta manera, todo aquél que desee hacer uso de la obra de otro necesitará obtener la autorización de éste.

Para el derecho continental, cual es el caso de Chile, las licencias constituyen un contrato. No ocurre igual en el derecho anglosajón, en que se discute tal circunstancia, particularmente en relación a las licencias de software y contenido libre, dada la ausencia de una contraprestación específica entre quien autoriza y quien recibe la autorización.

Enseguida, por tratarse de un contrato, inicialmente primarían sin restricciones los principios fundamentales de la autonomía de la voluntad y la libertad contractual; sin embargo, ello no es exactamente así en el caso del derecho de autor, puesto que existen ciertas obligaciones que impiden al creador disponer en forma absoluta de sus derechos, tal como acontece con los denominados derechos morales, según lo revisado en el capítulo precedente.

Esto nos conduce a una distinción fundamental entre la cesión de derechos y la licencia. En la cesión de derechos, el titular transfiere a otro todo o parte de sus derechos, privándose en lo sucesivo de ellos, salvo los derechos morales; en cambio, en la licencia el titular de un derecho de autor autoriza a otra persona a hacer cierto uso de su derecho, pero no lo enajena, no se desprende de él.

En el caso de las licencias, la autorización debe ser expresa y no reviste de mayores solemnidades, por ser de carácter *consensual*; sin embargo, como en los hechos se requiere precisar la forma, condiciones, amplitud, territorialidad y temporalidad del uso y/o goce, por lo general toma la forma de un contrato por escrito.

Con respecto a la extensión del contrato de licencia, al licenciatarario no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma, según su naturaleza.

En cuanto a las características del contrato de licencia, importa precisar primero que del mismo se genera un *derecho derivativo*, ya que el titular que autoriza el uso y/o goce en ningún momento se aparta de sus derechos de autor. En segundo lugar, es un contrato que, en general, no está expresamente regulado en las legislaciones revisadas, en virtud de lo cual, en todo lo que no se encuentre resuelto en el mismo contrato se debe recurrir a lo

preceptuado por otros instrumentos de similar naturaleza, que en este caso sería el contrato de arrendamiento de servicios inmateriales. No obstante, en algunos ordenamientos se alude expresamente al hecho de que el titular de los derechos de autor puede conceder autorizaciones para el uso de su obra, ya sea de manera individual, o bien a través de una entidad de gestión colectiva de derechos, tal como ocurre en el mundo de la música con la SGAE en España, ASCAP en Estados Unidos, o SCD en Chile.

Pasando por alto los múltiples tipos de licencias, para la acertada inteligencia de lo que viene es imprescindible comprender que en las licencias no existe una cesión o transferencia de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra, sino que el licenciatarario se transforma en un usuario legítimo de derechos de autor que se tienen sobre ella.

3.2 El sentido de las licencias de software libre y open source

Ya en el capítulo anterior de este informe hemos dejado establecido que el software –código objeto, código fuente y documentación– es protegido por derechos de autor, lo cual implica 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 a las licencias para autorizar ciertos usos del software, aunque también puede hacerlo con el fin de limitar ciertos derechos o usos por los usuarios. Por ejemplo, impidiendo la venta del software en determinados países o su uso para fines específicos.

Adicionalmente, mediante el empleo de trabas técnicas el titular puede resguardar mejor sus derechos, impidiendo ciertos usos no autorizados del software. De entre tales trabas técnicas las más importantes son las denominadas medidas de protección tecnológicas (TPM) y los dispositivos de gestión digital de derechos (DRM). Sin embargo, para efectos de lo que viene, lo relevante es la distribución del 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, desde el mundo de los programadores ha surgido el movimiento del software libre.

El software libre es un software como cualquier otro, pero la diferencia radica en que a través de su licencia o condiciones de distribución garantiza 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 las necesidades del usuario; 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. 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.

Entonces, *“free software”* o *“software libre”* es aquél cuyo desarrollador franquea el acceso al código fuente, a fin de que el usuario pueda modificarlo con miras a adecuarlo a sus propias necesidades, vale decir, el sentido de la libertad en el software libre viene dado por el hecho de que el titular concede de antemano a sus usuarios el derecho a hacer a acceder, usar, modificar y distribuir el programa.

La libertad no tiene el sentido de gratuidad o libre de pago, equívoco que usualmente resulta de la traducción del vocablo “free”, que en inglés refleja al mismo tiempo el concepto de libertad y el de gratuidad. Tal como acertadamente ha expresado Richard Stallman, fundador Free Software Foundation (FSF), la principal entidad que promueve este tipo de software, *“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”*.

Por su parte, conceptualmente *“open source”* o *“software de código abierto”* es aquél cuyo desarrollador ha permitido acceder al código fuente, a efectos de permitir la adopción de soluciones técnicas apropiadas. La principal entidad promotora de este tipo de software es la Open Source Initiative (OSI) creada en 1998, que ha renegado el concepto software libre por estimar que el error a que conduce su empleo –dada la ambigüedad conceptual entre gratuidad y libertad– ha provocado una merma ante la comunidad informática.

En la práctica, software libre o de código abierto, como podrá apreciarse, suponen brindar acceso al código fuente, aun cuando para unos ello es imprescindible para garantizar nuestras libertades y para otros ello sea resultado de la solución técnica más apropiada. En los hechos, ambos se oponen a la solución suministrada generalmente por los proveedores de “software propietario” que hacen entrega al usuario de los archivos ejecutables sin posibilidad de acceder, menos aún modificar, el código fuente.

Naturalmente, atendido el sentido mismo de las licencias de software libre u open source, ellas no obstan al sistema de excepciones y limitaciones al derecho de autor disponibles en el derecho interno. De modo que si la legislación nacional admite un cierto uso del software –por ejemplo, modificaciones necesarias para el funcionamiento del programa en determinado equipo–, las licencias no pueden ser empleadas como medio para obstar o condicionar tal uso –por ejemplo, obligando a licenciar de determinado modo–.

Conviene asimismo tomar nota de que determinadas excepciones resultan innecesarias en relación con el software licenciado como libre u open source. Así por ejemplo, la ingeniería inversa, ya que ésta apunta a acceder al código fuente, mismo que está usualmente disponible tratándose de software libre o abierto, lo cual hace innecesario acudir a la descompilación del programa. No obstante, según lo ya mencionado, ésta excepción aun no

ha sido legalmente reconocida en nuestro país, pero es objeto de consideración en el proyecto de ley en tramitación en el Congreso Nacional.

Finalmente, aun cuando en la práctica, las licencias de software libre y open source revisten características similares y provoquen efectos jurídicos análogos, la multiplicidad de licencias que pretenden acoger sus postulados centrales es tal que se hace necesario revisar siquiera las principales, a fin de detectar las peculiaridades de cada una de ellas, lo cual, a la postre, será relevante a efectos de diseñar y documentar una propuesta normativa en relación al software adquirido o desarrollado por los organismos públicos.

3.3 Licencias de software libre u open source

La distribución de software libre o de código abierto se hace a condición de que sus usuarios acepten ciertas condiciones impuestas en los contratos de licenciamiento del software, las que, por lo general, no son susceptibles de ser negociadas; de modo que constituyen un verdadero contrato de adhesión.

Tales licencias, como es usual tratándose de software, establecen limitaciones o exclusión del riesgo, limitaciones o exclusión de garantías, límites de responsabilidad y prórrogas de jurisdicción o de competencia. Por supuesto, ello no obsta a que un proveedor asuma individualmente mayores cargas que las previstas en principio por la licencia tipo, ni obsta a la declaración de nulidad judicial de determinadas cláusulas, en su caso. No obstante, aún en este último caso, es usual que se acuerde que la declaración de nulidad de determinada cláusula no irá en perjuicio de la licitud de las restantes.

Ahora bien, lo relevante de las licencias de software libre o de código abierto es que mediante ellas se permite a los usuarios copiar, usar o ejecutar, redistribuir –con o sin ánimo de lucro– y modificar el software, franqueando el acceso al código fuente. El licenciante permite a los usuarios el ejercicio de los derechos que como titular de la obra le han sido conferidos por la ley, con tal que el licenciatarario se atenga a las condiciones de la licencia, entre las cuales se contempla aquélla según la cual es imprescindible distribuir la misma licencia con cada copia del software.

Junto a las condiciones generales imprescindibles para la propia configuración de un software como libre o de código abierto, pueden sumarse obligaciones diversas a los licenciatararios.

Para efectos de este informe, según lo ya manifestado precedentemente, y dada la multiplicidad de licencias de software libre y de código abierto, hemos circunscrito nuestro examen a un grupo de ellas, constitutivo de las principales prácticas de licenciamiento de software. Estas son:

- GNU Public License (GPL)
- Lesser GNU Public License (LGPL)
- Artistic License

- Berkeley Software Distribution (BSD)
- Massachusetts Institute of Technology License (MIT)
- Sun Public License (SPL)
- Mozilla Public License (MPL)
- European Union Public License (EUPL)

Con la finalidad de aclarar nuestro análisis, distinguiremos según si ellas tienen efecto “*copyleft*” o no, esto es, según si la licencia, junto con autorizar el uso del software, dispone de una cláusula que obligue a todo aquel que introduzca 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.

Una cláusula como la recién descrita 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 de 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.

3.3.1 Licencias sin “*copyleft*”

Las licencias de software de código abierto sin cláusula *copyleft* se caracterizan porque admiten que los usuarios puedan servirse íntegramente del software brindando acceso al código fuente del mismo. Sin embargo, no es necesario que el desarrollo efectuado a partir de tal software quede bajo la condición de código abierto; en otros términos, no es necesario que el software derivado resultante conserve su condición inicial.

En esta condición se encuentra la Berkeley Software Distribution (BSD) y la MIT License (MIT), que se ciñe a los términos de la primera, salvo en cuanto a una cláusula final de falta de respaldo. En una situación análoga se encuentran la Sun Public License (SPL) y la Mozilla Public License (MPL), ya que si bien califican como software libre, no contemplan una cláusula *copyleft* similar a las previstas por la GPL, la LGPL y la EUPL, según cuanto veremos.

Las licencias en cuestión permiten al usuario copiar, usar, distribuir y modificar a sus anchas, imponiendo condiciones mínimas, tales como la inclusión de información concerniente al copyright del desarrollador inicial y de los colaboradores, la prohibición de servirse del nombre de estos para avalar o promover el software desarrollado por desarrolladores posteriores y el establecimiento de una cláusula de exención de responsabilidad respecto de los primeros. Ello, por supuesto, no impide que el desarrollador final asuma mayores responsabilidades ante terceros, ni que extienda garantías a los mismos, pero no afectará a los primeros y, en caso de hacerlo, habrá de indemnizarlos.

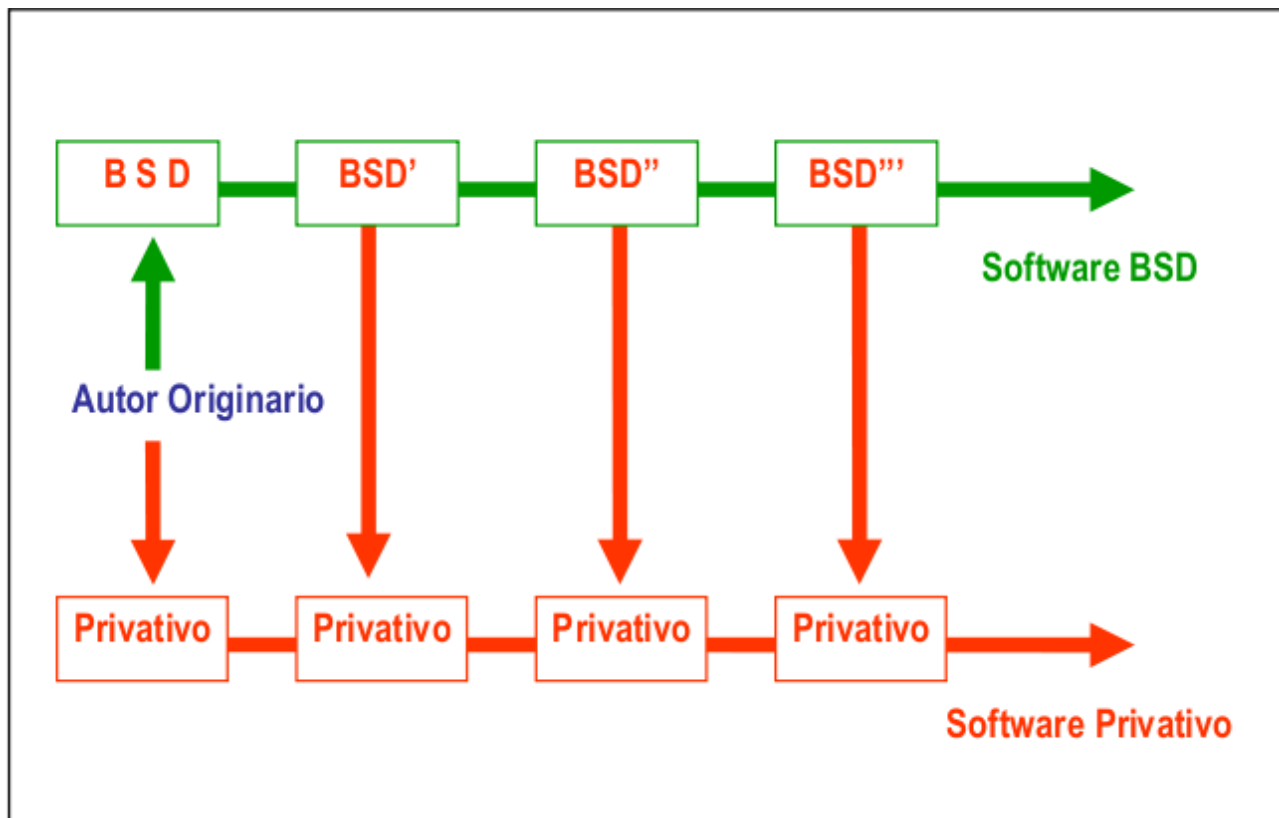


Figura 1: Efecto del licenciamiento de un software de código abierto sin cláusula copyleft

No obstante las libertades que las licencias permisivas confieren a sus usuarios, ellas no han alcanzado el arraigo de las licencias persistentes, fundamentalmente porque se ve en ellas un efecto perverso: al admitir que el resultado obtenido a partir del acceso al código fuente no quede bajo la condición de código abierto, están permitiendo el desarrollo de software propietario sobre la base del esfuerzo colectivo de las comunidades informáticas.

En la figura 1 puede apreciarse el efecto del licenciamiento de un software de código abierto sin cláusula copyleft, tal como el BSD. Según se ilustra, el titular originario de los derechos de autor sobre un software puede determinar libremente si licencia o no su software con una licencia tipo BSD. Es, así mismo, posible realizar un doble licenciamiento; de modo que el mismo software sea distribuido bajo BSD y otra licencia no libre ("software propietario").

Ahora bien, un desarrollador ulterior que hace uso del software licenciado con BSD para desarrollar una obra derivada (nuevo software) no necesita requerir autorización del titular originario del primer software, ya que éste ya la ha concedido al hacer uso de la BSD.

En el caso de los desarrolladores ulteriores, su obra derivada (nuevo software) puede ser, a su vez, distribuido sucesivamente bajo las mismas condiciones de licenciamiento del software originario (BSD', BSD'', BSD''',...). Sin embargo, nada obsta a que uno cualquiera de los desarrolladores ulteriores tome la determinación de cerrar el código fuente de su obra

derivada (nuevo software) y distribuirlo, en lo sucesivo, bajo nuevas condiciones de licenciamiento, inclusive bajo la fórmula de software privativo.

En razón de lo recién expuesto, estas licencias son también conocidas como licencias permisivas, pues imponen escasas restricciones a los desarrolladores ulteriores para hacer uso del software originario, sin condicionar el licenciamiento posterior del software derivativo.

El efecto que suscita el licenciamiento de un software con BSD es similar al de un software disponible en el dominio público, ya que autoriza su acceso y uso en término bastante permisivos, sin obligar al desarrollador ulterior a distribuir el software derivativo bajo sus mismos términos, sino que otorga a tal desarrollador plena libertad para licenciar el nuevo software bajo otras condiciones, pudiendo estas ser inclusive privativas.

3.3.2 Licencias con “copyleft”

Las licencias de software libre con cláusula copyleft, al igual que las precedentes, están diseñadas para asegurar las libertades de: distribuir copias de software libre –y cobrar por tal servicio, si se desea–; recibir el código fuente o brindar acceso al él, si se lo quiere; modificar el software y usar partes de él en nuevos programas libres; y, ser informado de las facultades que la licencia confiere al usuario del software. El solo uso del software hace suponer la aceptación a las condiciones impuestas por ellas y califican toda infracción a sus términos como nula.

Ahora bien, lo que da peculiaridad a las licencias de software libre con cláusula copyleft, es que sus condiciones de distribución (licencia) no pueden modificarse en las obras derivadas o posteriores trabajos distribuidos. En otras palabras, la distribución del software, con o sin modificación, da lugar a una licencia automática en iguales condiciones, salvo tratándose de aquellas partes del programa que no estén afectas a la licencia, cuando no se basan en el programa licenciado. Esta cláusula también se ha denominado peyorativamente efecto “viral”, pues impide al desarrollo ulterior liberarse del efecto de la licencia, siendo obligado a distribuir el software, sea con o sin fines comerciales, bajo los mismos términos de la licencia del software originario.

En esta situación se encuentran las licencias administradas por la FSF de Richard Stallman, a saber, la GNU Public License (GPL) y la Lesser GNU Public License (LGPL). Es también el caso de la European Union Public License (EUPL).⁶

⁶ La EUPL fue adoptada el año 2007 en el marco de Interoperable Delivery of European eGovernment Services to public Administrations, Businesses and Citizens (IDABC), el programa de la Comunidad Europea cuyo objetivo es promover la prestación interoperable de servicios de administración electrónica europea a las administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos. En lo esencial, ella incluye todos y cada uno de los elementos propios a la GPL, con la cual declara expresa compatibilidad. La diferencia básicamente estriba en que existe traducción oficial de la licencia a varios idiomas, a diferencia de la GPL que sólo dispone de versión oficial en inglés. Adicionalmente, la EUPL incluye una cláusula de prorróga de competencia y sumisión normativa que, naturalmente, extiende la competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y se sujeta a la legislación belga en los casos que precisa. Por lo demás, el uso de la licencia aparentemente sólo se ha extendido a aplicaciones y software desarrollado en el marco de las acciones propias de IDABC.

La mayoría del software GNU está cubierto por la GPL. Sin embargo, por excepción se admite el licenciamiento bajo los términos de la LGPL, aplicable a ciertas librerías con el objeto de permitir el enlace de éstas dentro de programas no libres, esto es, trabajos combinados. Bajo la GPL se permitiría tal enlace sólo si la combinación completa se ajusta sus criterios de libertad; en cambio, la LGPL permite un criterio más laxo para el enlazado de otro código con la librería.

Aun cuando la LGPL protege algo menos las libertades del usuario y proporciona menos ventajas sobre los programas no libres competidores a los desarrolladores de programas libres, ella es útil en determinadas circunstancias, tales como fomentar un amplio uso de determinada librería, de forma que ésta se convierta en un estándar, o bien cuando una librería libre cumple un cometido similar al realizado por librerías no libres, de modo que limitar el empleo de la librería libre resulte inconducente. Así pues, aunque LGPL es menos protectora para las libertades del usuario, desde la perspectiva de FSF, permite asegurar que el usuario de un programa que está enlazado con la librería conserva la libertad y los medios para ejecutar ese programa usando una versión modificada de la librería.

Como otras licencias de software libre o de código abierto, la GPL y la LGPL exigen la inclusión de noticias concernientes al copyright con la precisión de las modificaciones ulteriores introducidas con indicación de su autor.

Tanto GPL como LGPL impiden conjugar sus disposiciones con resoluciones judiciales u órdenes legales incompatibles con sus términos, forzando al desarrollador que se ve en tal disyuntiva a abandonar el desarrollo sobre la base del software licenciado con ellas.

Con todo, GPL y LGPL admiten excepciones acordadas con la FSF, con tal que ellas se funden en el cumplimiento de dos metas: mantener el estado de libertad de todos los derivados del software libre y promover el uso comunitario y compartido del software en general.

Finalmente, ambas licencias contemplan cláusulas de exclusión de responsabilidad y denegación de garantía, mas no impiden que el desarrollador posterior o distribuidor asuma sobre sí mayores obligaciones ante terceros.

Una situación análoga a las licencia GPL y LGPL es la de Artistic License. Ella también contiene cláusula copyleft, pero sus efectos son un tanto más radicales, según lo que seguidamente se explica.

GPL y LGPL no obligan al desarrollador a liberar el código fuente, esto es, el software no ingresa al dominio público, sino que se cumple con los términos de la licencia haciendo entrega al usuario del software –incluido el código fuente–, de manera que éste disponga de la libertad necesaria para introducirle modificaciones. Esa entrega tiene lugar con motivo de la distribución del software. En cambio, Artistic License obliga al desarrollador ulterior a liberar la fuente, dejar disponible las modificaciones ulteriores al programa licenciado bajo sus términos desde el mismo instante en que tales modificaciones tienen lugar (sin aguardar la distribución siquiera), para lo cual, en el caso de haber mediado distribución, el desarrollador deberá emplear un mecanismo que garantice dominio público del código

fuelle, por ejemplo mediante su liberación en un foro de discusión Usenet o en un medio equivalente. No obstante, tal liberación no es menester si el desarrollo tiene un uso interno, o bien se alcanza acuerdo sobre el particular con el titular del copyright.

En la figura 2 puede apreciarse el efecto del licenciamiento de software libre con una licencia con cláusula copyleft, tal como GPL. Según lo indicado en el gráfico, al igual que con las licencias tipo BSD, el titular originario de los derechos de autor sobre un software puede determinar libremente si licencia o no su software con una licencia tipo GPL. Es, así mismo, posible realizar un doble licenciamiento; de modo que el mismo software sea distribuido bajo GPL y otra licencia no libre ("software privativo").

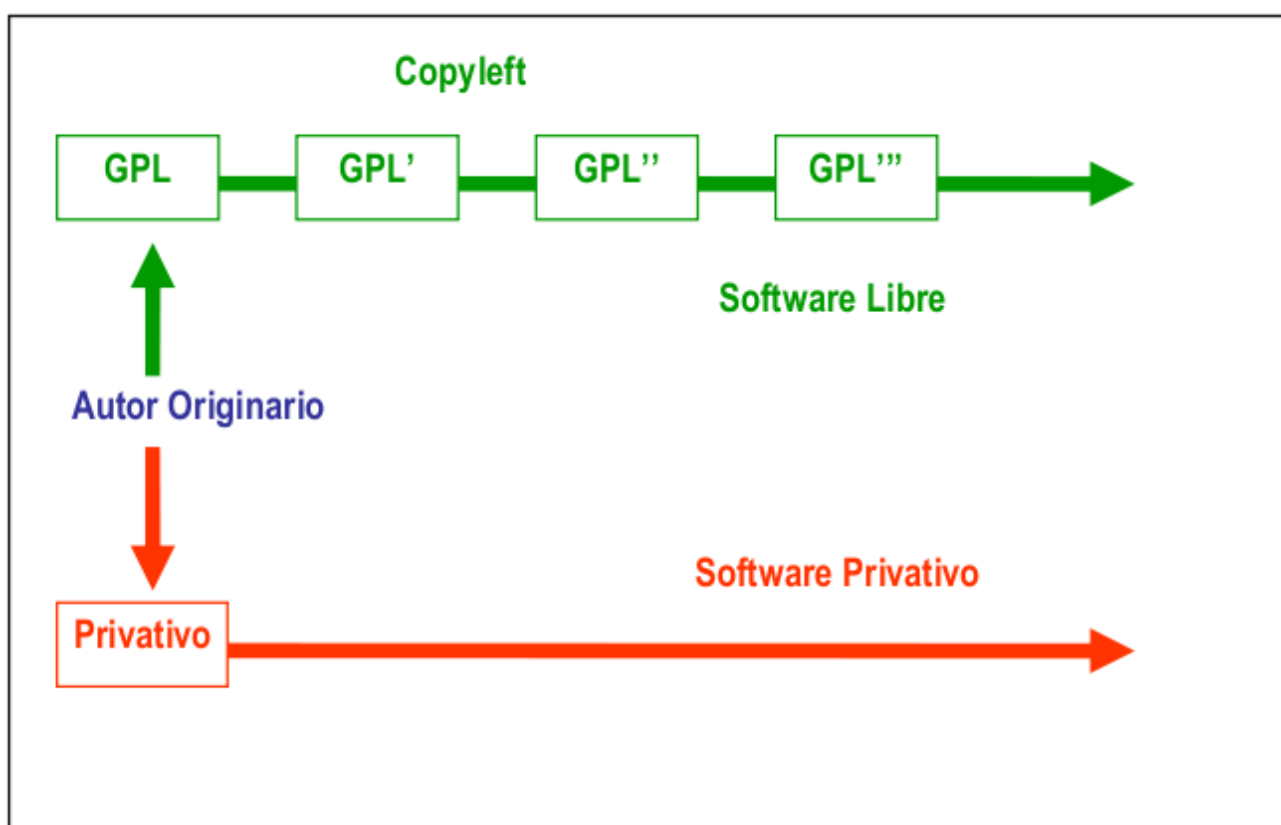


Figura 2: Efecto del licenciamiento de un software de código abierto con cláusula copyleft

Ahora bien, un desarrollador ulterior que hace uso del software licenciado con GPL para desarrollar una obra derivada (nuevo software) no necesita requerir autorización del titular originario del primer software, ya que éste ya la ha concedido al hacer uso de la GPL.

Ahora bien, a diferencia de BSD, en el caso de los desarrolladores ulteriores, su obra derivada (nuevo software) debe ser, a su vez, distribuida bajo las mismas condiciones de licenciamiento del software originario (GPL', GPL'', GPL''',...). Sin embargo, a los desarrolladores ulteriores les está prohibido cerrar el código fuente de su obra derivada (nuevo software) y distribuirlo bajo condiciones de licenciamiento distintas a GPL. Esto no

obsta a su distribución comercial, como ya hemos sostenido precedentemente, ya que la libertad dice relación con la disponibilidad por el usuario/desarrollador ulterior del código fuente y de la licencia que les garantiza acceso y uso del software.

En razón de lo recién expuesto, estas licencias son también conocidas como licencias persistentes, pues una vez se ha licenciado un software con ellas se hace exigible a todo desarrollador ulterior.

Pese a que GPL impide pasar de un modelo de software licenciado bajo sus términos a un software privativo, ello puede tener lugar muy excepcionalmente en dos circunstancias. La primera, en el caso de que el desarrollador ulterior obtenga autorizaciones que le permitan cerrar el código de todos y cada uno de los desarrolladores previos, lo cual parece bastante complicado dada la amplia base de conformación de las comunidades de desarrolladores de software libre. La segunda, que el desarrollo tenga lugar sobre la base de una excepción o limitación al derecho de autor que haga innecesario requerir autorización de los desarrolladores precedentes, si una excepción similar tuviese lugar en el derecho interno, aun cuando sin efectos comerciales.

* * * * *

Antes de cerrar este apartado es necesario insistir en algunas ideas esenciales para la adecuada comprensión de las licencias de software libre o de código abierto.

El software libre y el open source no reniegan de los derechos de propiedad intelectual sobre las obras, antes, al contrario, opera sobre el marco jurídico de los derechos de autor. De ahí que las prácticas de licenciamiento del software libre u open source por lo que concierne a los derechos de autor se avengan con la legislación interna, dada la aproximación normativa habida entre las legislaciones de diversos países sobre la materia.

En general, las licencias de software libre u open source confieren al usuario derecho a usar, copiar, distribuir y modificar el software, para lo cual se brinda acceso al código fuente.

En el caso de ser introducidas modificaciones al software licenciado, es necesario distinguir entre prácticas de licenciamiento con y sin copyleft:

- a) Tratándose de desarrollo sobre licencias sin copyleft, o del tipo BSD, el nuevo desarrollo puede licenciarse bajo los mismos términos del software originario o bajo otros diversos, inclusive privativos, vale decir, sin distribución de código fuente y sin licencia que autorice ampliamente el acceso y uso del software.
- b) Tratándose de desarrollo sobre licencias con copyleft, o del tipo GPL, el desarrollador está obligado a garantizar acceso al código fuente y la posibilidad de distribuir, reproducir, ejecutar y modificar software, para lo cual debe licenciar el nuevo software bajo GPL con cada distribución que haga de él.

En cuanto a las cláusulas limitativas de responsabilidad y negativas de garantía, las licencias

de software libre u open source admiten que el desarrollador y/o distribuidor final asuma responsabilidad y brinde garantías al usuario, con tal que ellas no afecten al desarrollador inicial o colaboradores.

Por último, tal como se aprecia en la figura 3, es necesario despejar toda duda en lo concerniente a la gratuidad del software libre o de código abierto. La gratuidad no es una característica inherente a este software, si bien puede eventualmente constituir una externalidad positiva. Un vistazo a la cada día más numerosa experiencia de empresas de software libre permite constatar lo contrario: mientras para unos el software libre es un asunto de preservación de libertades (para el usuario), para otros el software de código abierto es el modelo que permite alcanzar la mejor solución técnica.

Así, entonces, no es de sorprender el desarrollo de actividades comerciales en torno al software libre o de código abierto: la venta de publicaciones que incluyen paquetes de programas, el desarrollo de software libre por grandes consorcios tecnológicos, y 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.

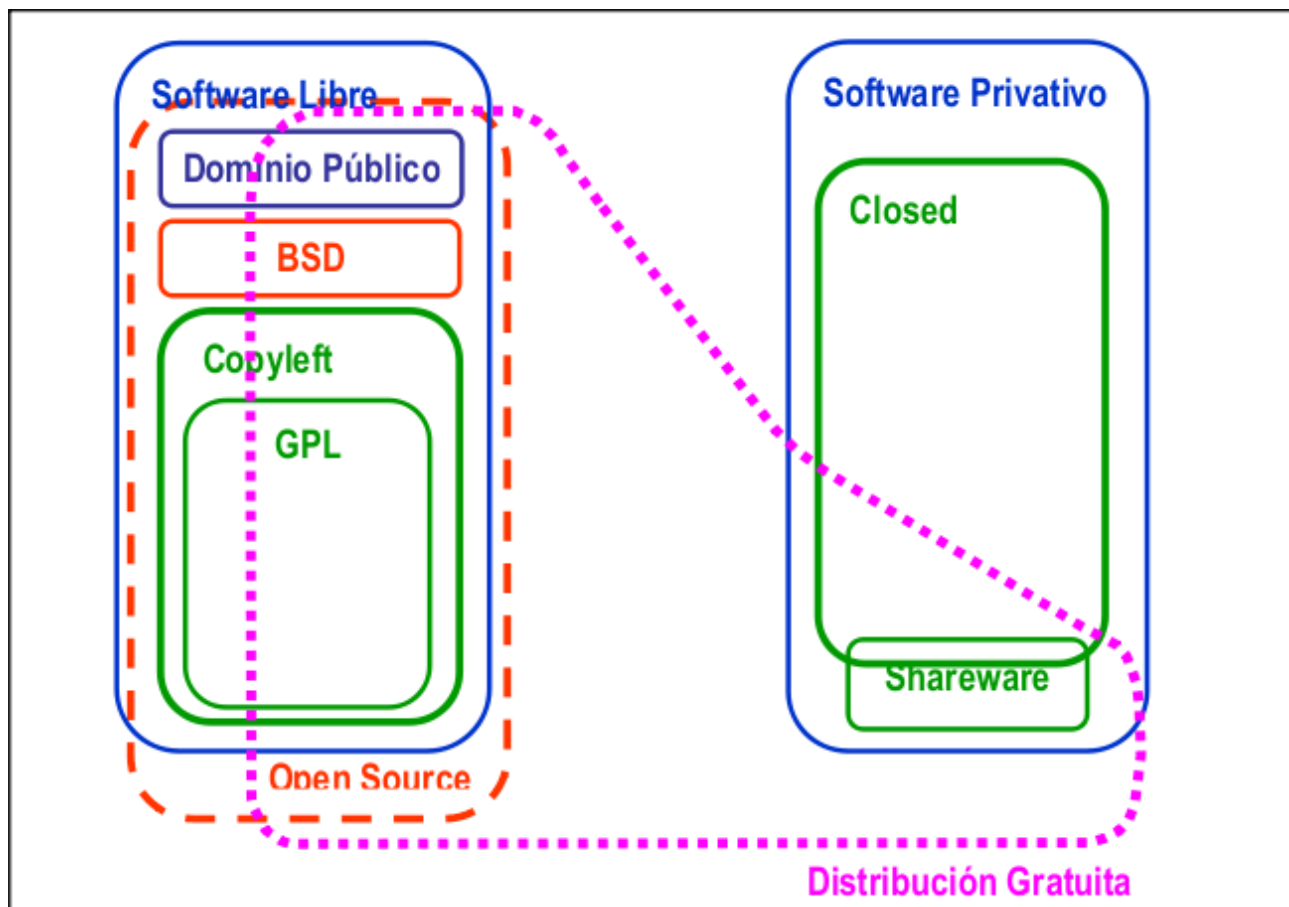


Figura 3: Agrupación de obras según licencia

3.4 Licencias de contenidos o documentales

Las licencias software libre o de código abierto han sido redactadas pensando en los programas computacionales como obras amparadas por el derecho de autor o copyright. La distribución de software a través de redes informáticas tuvo un temprano desarrollo, y estas licencias prestaron auxilio jurídico para un fenómeno que progresivamente involucraría otras categorías de obras.

En efecto, a medida que las capacidades de las redes y el desarrollo de las técnicas de digitalización y compresión lo permitieron, por las redes también comenzaron a circular obras artísticas, literarias y musicales. Y, tal como en su momento aconteció con el software, fue necesario desarrollar licencia que garantizarán jurídicamente la libre circulación de los denominados contenidos libres o abiertos.

Free Software Foundation redactó la GNU Free Documentation License (FDL), una licencia esencialmente concebida para garantizar que la documentación asociada al software libre gozará también de garantías que permitiesen un amplio acceso y uso de la misma. Años más tarde, ya pensando en obras literarias y artísticas en general, se desarrollarían una serie de iniciativas similares, entre las cuales cabe mencionar Open Music Licenses, EFF Open Audio License, Free Music License y Ethymonic License. Sin embargo, de entre estas últimas, las licencias que han experimentado mayor aceptación y difusión han sido las licencias Creative Commons.

De las mencionadas, nos detendremos en el análisis de las Creative Commons Licenses y de Free Documentation License. Esta última resulta interesante por avenirse a las prácticas de licenciamiento de software libre, mientras que las licencias Creative Commons, por su amplia extensión, flexibilidad de opciones y susceptibilidad bien pueden ser empleadas para la documentación asociada al software. Otras prácticas de licenciamiento se han excluido por ser marginales en su empleo, o bien por estar diseñadas para determinada categoría de obras, especialmente musicales.

3.4.1 GNU Free Documentation License (FDL)

El propósito de esta licencia es permitir que un manual, libro de texto, u otro documento escrito sea libre, en el sentido de permitir la copia y redistribución, con o sin modificaciones, de manera comercial o no, de tal obra. Se trata de una licencia tipo *copyleft*, ya que los trabajos derivados del documento original deben licenciarse también bajo las mismas condiciones. De hecho, la licencia esta diseñada como un complemento para la documentación asociada a software licenciado con GPL.

La licencia resulta particularmente intrincada y reglamentaria, ya que, junto con garantizar las libertades a los usuarios de la obra, procura establecer garantías para el adecuado reconocimiento del autor y editor de la obra, sin que ello implique hacer a éstos responsable de las modificaciones realizadas por otros. Al efecto, establece categorías de contenidos susceptibles de modificación o no, y reglamenta extensamente las condiciones bajo las cuales aquellos deben modificarse, así la alteración del título de la obra, la indicación de los

titulares de copyright, la adhesión a la misma licencia, la inclusión de un historial del documento y la conservación de determinadas secciones, entre otras.

Del mismo modo, la licencia reglamenta ciertas modalidades de ejercicio del derecho de modificación, tales como la combinación y colección de documentos licenciados bajo FDL, la agregación de éstos o sus derivados con trabajos independientes, y la traducción misma de la obra. A propósito de este punto es relevante destacar que sólo existe una versión oficial de la FDL en inglés y que, si bien se permite su traducción a otros idiomas, en caso de conflicto prevalece la versión inglesa de la misma.

La licencia alienta, además, el empleo de aplicaciones libres para el desarrollo mismo de las obras o manuales de usuario de software libre. Para ello abunda en referencia a estándares técnicos de documentación electrónica.

La licencia supone que el usuario acepta sus términos si copia, modifica o distribuye la obra de cualquier modo que requiera permiso, de acuerdo a la legislación sobre derechos de autor o copyright. Asimismo, la licencia prohíbe el empleo de los contenidos de otro modo que implique infracción a la licencia, aun cuando deja a resguardo a terceros que hayan recibido las obras infractoras, quienes no verán terminadas sus licencias, siempre que permanezcan en total conformidad con la FDL.

Es interesante destacar que la licencia impide el empleo de medidas técnicas para obstruir o controlar la lectura o copia posterior de las obras, ya sean originarias o derivativas. Pero, no obstan a la explotación comercial de las mismas obras.

Entonces, tal como acontece con la GPL, la FDL es una licencia que garantiza las libertades del usuario, al conferirle autorización para ejercer derechos que corresponden privativamente al autor. Junto a ello la licencia condiciona el ejercicio de ciertos derechos, particularmente la modificación de la obra, e impone a quienes desarrollen una obra derivada la obligación de licenciar esta nueva obra bajo las mismas condiciones. Es, por consiguiente, como ya hemos dicho, una licencia especialmente diseñada para preservar un estándar de libertad similar al alentado por GPL; sin embargo, al mismo tiempo, debe reconocerse que su excesivo tecnicismo y reglamentación obstaculizan un amplio empleo de la licencia.

3.4.2 Licencias Creative Commons (CC)

Creative Commons es una organización sin fines de lucro que sustenta un innovador proyecto internacional que tiene por objetivo fortalecer a creadores y creadoras, para que sean quienes definan los términos en que sus obras pueden ser usadas, qué derechos desean entregar y en qué condiciones lo harán. Para ello, CC ofrece gratuitamente a los creadores un conjunto de modelos de licencias y una serie de aplicaciones informáticas que facilitan la distribución y uso de contenidos.

Como hemos visto, el sistema tradicional de protección e derecho de autor se sustenta en una suerte de monopolio de explotación que tienen los titulares. El dogma de este sistema tradicional de copyright o derecho de autor puede traducirse en la frase *“todos los derechos reservados”*. Sin embargo, existe una multitud de creadores que no desea o no requiere

reservarse todos los derechos para sí, y para explicitar tal propósito hacen uso de alguna de las licencias CC, cuyo concepto fuerza es la frase “*algunos derechos reservados*”. Si en el sistema del derecho de autor el principio es que toda utilización de una obra debe tener un permiso expreso del titular de los derechos de autor, en el caso de las licencias CC el principio es que dicho permiso ha sido entregado de antemano por el titular.

Al igual que las licencias de software libre o de código abierto, CC no es un sistema pensado como enemigo del derecho de autor, sino que como complemento de éste. Su propósito es restablecer el control de las condiciones bajo las cuales circulan las obras a favor de los propios creadores, de modo de alentar la creatividad. De este modo, en todo lo no previsto por las licencias se hace aplicable el régimen legal sobre derechos de autor; así, por ejemplo, en lo tocante a los derechos morales o a los mecanismos judiciales para hacer efectiva la responsabilidad por infracción a los derechos de autor.

Para hacer uso de CC, los autores licencian los contenidos en línea, accediendo al sitio web del proyecto (<http://creativecommons.org/license>), donde debe escoger el tipo de usos que permitirá realizar lícitamente a los usuarios de su creación. Así, quien escribe un manual de usuario de software debe determinar si permitirá o no que se haga uso con o sin fines comerciales, si permitirá o no que a partir de su obra se generen obras derivadas y, en caso de permitir esto último, si exigirá o no que la nueva obra sea licenciada bajo las mismas condiciones.

Cada una de las opciones precedentes se grafica con una iconografía destinada a facilitar la comprensión de la licencia y a la rápida identificación de sus términos. Estos íconos son los siguientes:

Atribución. Este elemento está presente en todas las licencias y refiere al reconocimiento de paternidad o autoría sobre una obra.



No comercial. Este elemento concurre cada vez que el creador autoriza el uso de su obra, pero excluye los usos comerciales de la misma.



Derivadas. Sin Derivadas. Este elemento indica que el creador no ha autorizado la elaboración de obras derivadas a partir de la obra originaria que licencia.



Compartir Igual. Cuando el creador autoriza a realizar obras derivadas, es además necesario que precise si exigirá que esa nueva obra quede licenciada bajo las mismas condiciones en que él liberó la obra originaria.



Junto a ello, el autor debe escoger la versión nacional de la licencia que desea, o si prefiere hacer uso de una versión genérica de la misma. Este es un punto relevante, ya que el proyecto actualmente está presente en más de 40 países –en Latinoamérica, junto a Chile ha sido adoptado por Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México y Perú–. Cada uno de los equipos locales de CC ha debido adecuar la licencia matriz a la legislación interna de su respectivo país, cuidando preservar los elementos esenciales de cada licencia. Esto ha facilitado su difusión, toda vez que este esfuerzo supone la interoperatividad de estas licencias a lo largo del mundo, junto al hecho de que la licencia está disponible en una amplia gama de idiomas.

Hechas las opciones, el sistema adscribe automáticamente una de las seis licencias que responde a los requerimientos concretos del creador. En cada una de ellas, se autorizan el uso de las obras sujeto a una o más condiciones. Así, la más permisiva de las licencias autoriza el uso de las obras bajo la sola condición que sea reconocida la paternidad del autor. Por su parte, la más restrictiva de ella autoriza el uso de las obras, pero prohíbe su uso comercial y la generación de obras derivadas.

La licencia escogida se concreta, a su vez, en tres documentos, cada uno de los cuales cumple cometidos específicos. Estos son:

- i) *Legal Code*, esto es, un extenso contrato de licencia redactado por los equipos legales para su comprensión por abogados, y adecuado a la legislación interna de un país determinado en su lengua oficial.
- ii) *Commons Deed*, esto es, una explicación sencilla y fraseada de los efectos de la licencia: el tipo de uso que permite y las condiciones de uso de la misma. Su empleo hace asequible los términos de licenciamiento para quienes no tienen formación jurídica.
- iii) *Machine Readable Code*, esto es, una secuencia de caracteres en código fuente que se adhiere a la versión digital de la obra y que permite su identificación como licenciada con CC en opciones de búsqueda avanzada, tales como Yahoo!!! y Google. Su empleo permite optimizar el uso de las obras.

Si bien en estricto rigor estas licencias pueden aplicar para licenciamiento de software, se recomienda no usarlas para dicho efecto ya que ellas no han sido concebidas con tal propósito, resultándoles ajenos conceptos como código fuente o binario. Antes, al contrario, CC recomienda el uso de las licencia GPL o LGPL tratándose de software. Las licencias CC han sido elaboradas pensando en obras artísticas, literarias y musicales, que circulan esencialmente a través de Internet. No obstante, su empleo es también razonable tratándose de publicaciones periódicas, libros de textos y manuales de usuarios, tales como los usualmente disponibles en el mundo del software.

Para los usuarios de las obras, las licencias CC le aseguran un nivel de acceso y uso lícito que no garantiza el sistema legal por defecto. Aun la más restrictiva de las seis opciones de licenciamiento brinda un nivel de acceso superior al de cualquier sistema legal, ya que cuando menos se garantizan los usos no comerciales sobre las obras. Este efecto lleva a

sostener que el *fair use* –en el sistema del *common law*– parece innecesario ante una obra licenciada con CC, pues los usos que estas licencias permiten exceden los restrictivos términos de los usos que los propios tribunales han calificado de lícitos. En otras palabras, el licenciamiento con CC en muchos casos va más allá que los criterios de *fair use* aceptados en tribunales.

Las principales ventajas de CC en relación con la FDL son que tienen soporte en diversos países, con licencias de efectos equivalentes adecuadas a la legislación interna de cada uno de ellos, y en sus idiomas oficiales; que junto al contrato de licencia se asocia una explicación sencilla de la misma y un código de máquina que optimiza búsquedas avanzadas; y, que se dispone de un conjunto de licencias que responde a distintos niveles de autorización, lo cual hace de ellas un sistema flexible de licenciamiento, adecuado a las diversas necesidades de los creadores.

3.5 Conclusiones previas

La precedente revisión de las principales prácticas de licenciamiento de software libre y open source, así como de licenciamiento abierto de contenidos, ha tenido un afán ilustrativo de estrategias reguladoras de los derechos de propiedad intelectual innovadoras, en cuanto a través de ellas se procura alentar la conformación de bienes públicos.

Sin embargo, la acertada comprensión de las distintas prácticas de licenciamiento y de los matices que existen de una a otra también resultará de utilidad en lo sucesivo, según se verá, ya que permiten disponer de elementos de análisis para el adecuado entendimiento de las iniciativas de derecho comparado en relación a la regulación del empleo de software libre por organismos públicos, así como de los modelos susceptibles de reconocer.

4 Revisión de intervención normativa en relación al uso de software libre en los organismos públicos

4.1 Introducción

La irrupción de las nuevas tecnologías a nivel global es un fenómeno que rápidamente ha cubierto los más distintos ámbitos del quehacer humano, de tal forma que en nuestros días se ha vuelto imprescindible el empleo de herramientas informáticas para casi cualquier tipo de actividad. Lo dicho resulta efectivo y se constata desde las esferas más íntimas de la vida privada de las personas hasta, en el ámbito de lo público, la propia administración de los Estados.

Tanto viejas como nuevas problemáticas que históricamente ha asumido la Administración hoy pueden desarrollarse de forma novedosa gracias a la gran disponibilidad de recursos tecnológicos. Es lógico pensar que compete a los Estados adoptar las medidas más apropiadas y efectivas en pos de alcanzar sus objetivos, así entre muchas decisiones conflictivas, pero de enormes consecuencias económicas y jurídicas, se encuentra elegir qué tipo de programas computacionales han de ser utilizados por el aparato estatal, y cuáles han de ser las condiciones bajo las cuales efectuar dicha utilización.

La adopción por el Estado de un particular tipo de software resulta determinante para la libertad con que contarán los ciudadanos al momento de optar por preferir cierta tecnología, desde que los particulares se encuentran obligados a interactuar con el poder, inevitablemente en un plano de desigualdad.

Las decisiones sobre el tipo de programa computacional o software que sea usado por la Administración del Estado pueden materializarse de distintas maneras: desarrollo de políticas de largo plazo, consagración de cierta obligación con rango legal, o establecimiento regulaciones de carácter administrativo. Son estas últimas dos, vale decir, las decisiones con correlato regulativo, las que serán objeto de esta parte del informe.

En las líneas que siguen buscaremos describir un panorama general sobre las propuestas de regulación que involucran la adopción del software libre por la Administración del Estado alrededor del mundo, particularmente cuando la decisión se traduzca en trabajo legislativo. No nos concentraremos en políticas que no apunten hacia la aprobación de un texto de carácter autoritativo, pues si bien su importancia puede ser enorme, se trata de soluciones cualitativamente distintas a los ojos del derecho.

Queda fuera de las pretensiones de esta sección dar cuenta de la efectiva penetración que tiene el free/open source software en el mundo. No obstante estas limitaciones, la presente investigación es precisa en explicar las distintas medidas que se han discutido en más de 50 iniciativas legales, algunas de las cuales han llegado a concretarse o están en camino hacia su aprobación.

Para una exposición ordenada, no nos detendremos en la explicación pormenorizada de las

normativas de cada uno de los países estudiados, sino que hemos optado por un estudio sistemático, identificando patrones y políticas comunes mediante los cuales es posible establecer modelos de regulación. No obstante lo anterior, anexo a este informe será posible acceder a buena parte de las normas legales que fueron objeto de estudio. Además señalaremos cuáles son los rasgos más relevantes, y en lo posible los resultados que se han obtenido desde la óptica de las propias normas. Posteriormente, analizaremos la existencia de modelos o patrones que puedan inducirse a partir del estado de cosas en la legislación comparada, y procuraremos detectar las ventajas y las desventajas que dichas iniciativas acarrearían en un país como Chile.

Es conveniente, además, hacer previamente una reseña de los términos que más utilizaremos en lo sucesivo. Cuando hablamos de software libre, aludimos, como la gran mayoría de los ordenamientos también lo hacen, a secuencias de instrucciones usadas en algún dispositivo para realizar una tarea determinada, cuyo autor haya decidido licenciar garantizando a los usuarios cuatro libertades básicas definidas por la Free Software Foundation, ya consignadas en apartados precedentes del informe. Por el contrario, cuando hablemos de software propietario o privativo estaremos apuntando al tipo de software en que el autor no permita al usuario disponer de una cualquiera de las mencionadas libertades.

4.2 Legislación Comparada

Lo primero que cabe explicitar en el informe es que, al revisar normativa comparada, se constata que la idea de regular el uso del software libre en la Administración dista de ser algo aislado. Es así como a la fecha existen más de 275 iniciativas alrededor del mundo que se han hecho cargo, naturalmente de distintas formas, de la compleja situación en la que se encuentra el Estado a la hora de utilizar programas computacionales con características tales que le permita conseguir sus fines específicos. De esta forma, diversos Estados han emprendido la tarea de modificar el engranaje normativo con el fin de que la fuerza del derecho sea la que determine el comportamiento más adecuado de la Administración frente a este nuevo escenario tecnológico.

Si hay algo en lo que parecen estar contestes los distintos proyectos de ley y cuerpos normativos que hemos revisado, es en que la masificación de las herramientas de código abierto representa una oportunidad y un desafío para los gobiernos.

En primer término, una oportunidad, en cuanto permite un uso distinto de los recursos públicos, destinando a capacitación y soporte técnico un porcentaje del gasto que representa el pago de licencias y la adquisición de nuevos y más potentes computadores. Es así como distintos proyectos de ley y decretos ejecutivos han sido explícitos en que uno de los elementos más relevantes tomados en consideración a la hora de optar por alternativas FLOSS han sido de carácter económico, destacando el ahorro de pago de licencias de uso⁷, el efecto red que supone la migración, la necesidad de establecer subsidios frente a la

⁷ V. gr. Corea del Sur (2006).

creación de bienes públicos, y argumentos derivados de libre competencia y neutralidad tecnológica por parte de la administración.⁸

En segundo lugar, constituye un desafío, desde el momento en que, al no existir una única forma de incorporar los programas de código abierto en el aparato administrativo, es imperioso buscar un equilibrio que garantice la eficiencia y calidad de los servicios públicos, que permita mantener operativos y, en lo posible, integrados los sistemas que realizan tareas específicas, en las que aún no se dispone de alternativas de software libre.

Software Libre /Open Source

Un tema que merece ser despejado es si la terminología software libre/open source posee alguna relevancia en el ámbito de la regulación en el derecho comparado. Recordemos que detrás de los conceptos se presentan dos filosofías. Como se sabe, los partidarios del software libre –en particular bajo el prisma de la *Free Software Foundation*– postulan razones fuertes para la migración por parte del Estado, que derivan fundamentalmente de que debe preferirse por razones éticas, deontológicas si se quiere, en orden a que la “libertad” del software es un bien en sí mismo, y por tanto en principio cualquier razón para la adopción de software que no responda a criterios de “libertad” es una acción moralmente disvaliosa y por tanto incorrecta.⁹

Los partidarios del *Open Source*, por otro lado, sostienen una actitud más pragmática respecto del uso y adopción de alternativas libres desde el punto de vista del software. Defienden la libertad del código, por considerar que el tipo de software no privativo es superior cualitativamente, pero no por una razón filosófica. Su apoyo al *software libre* es contingente, y depende de que efectivamente demuestre ser una solución técnicamente superior, lo que se colige de la forma colaborativa de producción del programa.

Respecto de esta distinción, desde la doctrina algunos han señalado que “*el intento de implementación de FLOSS en el Estado es, actualmente, una de las herramientas de avanzada dentro de la comunidad FLOSS en general, y del movimiento free software en particular (...), estrategia consistente en procurar la adopción obligatoria de FLOSS en todas las reparticiones, agencias y organismos públicos*”.¹⁰

Desde el punto de vista de la legislación comparada, la afirmación precedente resulta discutible, pues la mayor parte de las legislaciones y proyectos estudiados se inspiran en motivaciones más bien pragmáticas y no deontológicas. Así, la mayoría de las legislaciones que hace explícito el tema usan indistintamente los términos código abierto y software libre, dado que la relevancia está dada por identificar al tipo de software que esperan sea admitido

⁸ Jyh-An LEE, “*New Perspectives on Public Goods Production: Policy Implications of Open Source Software*”, *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, Vol. 9, No. 1, 2006. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=963491>

⁹ Richard STALLMAN, R. “*Why Software Should Be Free*”, <http://www.gnu.org/philosophy/shouldbefree.html>, 1992.

¹⁰ Martín CARRANZA TORRES, “*Problemática Jurídica del Software Libre*”, p. 143 y 144.

por el Estado con las cuatro libertades que se han mencionado y, además, con la obligación de contar con acceso irrestricto al código. Más aún, dentro de los objetivos que se buscan, se aprecian otras consideraciones, tales como la independencia tecnológica o el establecimiento de estándares antes que un punto deontológico de producción y uso de programas computacionales.

La definición que en doctrina, y desde la evolución histórica del fenómeno del software libre resulta tan elemental, no parece tener la misma relevancia desde el punto de vista de la adopción normativa, sino que, por el contrario, en la mayoría de los casos los términos aparecen mezclados o a lo menos íntimamente relacionados, lo que da cuenta de la preferencia por posiciones pragmáticas desde el punto de vista regulativo, tal como se explica más adelante.¹¹

Textos Autoritativos Vigentes

De los 57 textos legislativos que han sido objeto de estudio, todas iniciativas de rango legal que han sido llevadas por órganos legislativos, es posible identificar dos iniciativas que hoy son textos autoritativos vigentes, que corresponden a los proyectos de Dinamarca (Julio 2007), y Perú (Septiembre 2005).

Mientras las iniciativas de España (2007) y de Malasia (2007), a pesar ser de relevancia dentro del contexto nacional, no pueden ser consideradas al mismo nivel que las primeramente mencionadas. En el caso del proyecto español, en estricto rigor constituye sólo un acuerdo parlamentario y no un texto legal propiamente tal, mediante el cual la casi unanimidad del Congreso Pleno sugiere al Ejecutivo favorecer la industria y el desarrollo del software libre. La iniciativa de Malasia, por su parte, tiene intervención directa del Ejecutivo en orden a promover el uso de software libre en el sector público, con responsabilidad directa de la Unidad de Planificación de Control y Modernización de la Administración (MAMPU) y el Departamento del Primer Ministro para efectos de implementar dicha iniciativa.¹²

El caso de Dinamarca, se trata de un plan para dar ejecución a la resolución parlamentaria de junio de 2006 que ordenaba la implementación gradual y obligatoria de estándares abiertos para el sector público. Este plan contempla que, a enero de 2008, todas las soluciones de tecnologías de la información públicas deberán usar estos estándares abiertos de manera obligatoria, a menos que haya razones de importancia para no cumplir con ellos.

Por su parte, la solución del Perú se vio reflejada en la ley 28.612 que norma el uso, adquisición y adecuación del software en la Administración Pública. La ley propone condiciones especiales para la contratación de servicios informáticos y licencias de software por parte del Estado, las que deben cumplir con los principios de neutralidad, vigencia tecnológica, libre concurrencia y trato justo e igualitario para proveedores. Además de lo anterior, la norma define lo que entiende por software libre haciendo suyas las cuatro

¹¹ Uno de los pocos casos es que la nomenclatura sí incide es Francia, en cuyo caso se pasó de hablar de software libre a referirse a open source.

¹² <http://www.oscc.org.my/>

libertades de la *Free Software Foundation* antes analizadas, y software propietario con una regla de clausura que incluye cualquier programa computacional que no cumpla con algunas de dichas condiciones.

En el texto aprobado en el Perú, es interesante destacar las condiciones que establece para efectos de usar o adquirir licencias de software en la Administración Pública, que requiere de un informe previo de evaluación de la Oficina de Informática, la que determinará el tipo de licencia que resulta más conveniente para atender al requerimiento formulado, resolución que contará en todo caso con un análisis comparativo de valores de mercado, de costos y beneficios.

La iniciativa peruana consagra el principio de neutralidad tecnológica, en términos de evitar que por condiciones de mercado se deje de lado a pequeños proveedores de alternativas abiertas o libres, estableciendo la imposibilidad de adquirir soportes físicos que condicionen la adquisición de algún tipo de software por la Administración, limitando su autonomía informática.

Para cerrar, la ley del Perú prevé la existencia de normas de responsabilidad administrativa, civil y criminal por parte de la máxima autoridad de la entidad pública de la que se trata y del jefe de informática de cada una de ellas frente al incumplimiento de alguna de las normas de la ley.

* * * * *

Desde el punto de vista de los textos autoritativos de fuente reglamentaria, el abanico es bastante más amplio. Es posible identificar a lo menos trece iniciativas administrativas provenientes del Ejecutivo que tienen o han tenido vigencia, donde se destacan los casos de Brasil y de Venezuela, países con la mayor cantidad de iniciativas de esta índole, con cuatro y tres iniciativas aprobadas, respectivamente.¹³

Resulta interesante describir sucintamente cada una de estas iniciativas que por la vía administrativa hacen una apuesta por alternativas abiertas o libres, tal como veremos posteriormente, al profundizar en los modelos.

Como hemos dicho, Brasil es el país que mayores iniciativas registra. El año 2003, mediante decreto presidencial se insta a los ministerios y agencias gubernamentales a usar programas de código abierto y software libre, como también a evaluar cómo el desarrollo de las tecnologías de la información podrían verse beneficiadas por la utilización de programas computacionales con este tipo de licenciamiento.¹⁴ Las medidas estaban orientadas a la

¹³ Brasil (Noviembre 2003), Brasil (Junio 2005), Brasil (Mayo 2005), Brasil (Agosto 2004), Venezuela (Agosto 2002), Venezuela (Diciembre 2004), Venezuela (Noviembre 2003).

¹⁴ Al efecto, se crearon comités técnicos en el ámbito del Comité Ejecutivo del Gobierno Electrónico: Implementación de Software Libre, Inclusión Digital, Integración de Sistemas, Sistemas Legados y Licencias de Software, Gestión de Sitios y Servicios On-Line, Infraestructura de Red, Gobierno para Gobierno (G2G), Gestión de Conocimiento e Información Estratégica.

inclusión digital de la población, además de garantizar la migración gradual desde sistemas propietarios, pensando en la interoperatividad de los sistemas públicos y en la independencia tecnológica del gobierno central.

El año 2004, el gobierno central de Brasil comienza a desarrollar una política que pretende reemplazar los sistemas informáticos de la Administración basados en software propietario por alternativas libres. En 2004, alrededor del 20% de los computadores usados en ministerios brasileños usaban alguna distribución basada en Linux, pero el objetivo es llegar a una cobertura total en el mediano plazo. En una característica que es común en buena parte de las iniciativas tanto gubernamentales como locales, además de los proyectos fallidos, las políticas públicas que se desarrollan en Brasil tienen un marcado carácter inclusivo. Así, gracias al programa de Inclusión Digital, Brasil desea no sólo migrar sus sistemas informáticos, sino que también democratizar el uso de computadores.¹⁵

El mismo año 2004, el gobierno firmó un acuerdo de cooperación con el gigante tecnológico IBM para crear el Centro de Disseminación de Tecnología y Conocimiento (CDTC)¹⁶, con el objeto que éste promueva soluciones basadas en estándares abiertos, con el apoyo del Ministerio de Cultura y la Universidad Nacional de Brasilia (UnB). Entre las funciones del Centro está la popularización de soluciones que utilicen estándares abiertos, mediante la capacitación de técnicos, profesionales de soporte y usuarios de sistemas de la administración pública, creando un grupo multiplicador para utilizar este tipo de tecnología.¹⁷ El CDTC tiene su sede en dependencias de la UnB en Brasilia y respalda proyectos conjuntos de desarrollo y migración tecnológica que enfrenten organismos públicos y pequeñas empresas con soluciones basadas en estándares abiertos, inicialmente Linux y OpenOffice. La administración del CDTC estará a cargo de IBM y del Instituto Nacional de Tecnología de la Información, quien también definirá las prioridades y estrategias del Centro.

El año 2005, Brasil desarrolla el programa “PC Conectado”¹⁸, que pretende vender más de un millón de computadoras de bajo costo basado en franquicias tributarias. En una primera etapa del programa, el software propietario fue excluido del proyecto basado en que la opción por el software libre supondría un estímulo para el desarrollo de una industria nacional.

Otras iniciativas que deben mencionarse han sido adoptadas en Bulgaria, Camboya, Costa Rica, Dinamarca, Ecuador, Francia, Tanzania y Venezuela.

En Bulgaria, hace algunos meses la Administración efectuó una serie de estudios para evaluar la viabilidad de desarrollos y sistemas abiertos en las instituciones de gobierno, luego de los resultados de un programa piloto que comenzó en noviembre de 2007.¹⁹

En Camboya, el año 2005 se adoptó un Plan Maestro para la implementación de open source software en el país, que supone entre otras cosas lanzar un Plan de Acción Open

¹⁵ <http://www.inclusaodigital.gov.br/inclusao>

¹⁶ <http://www.cdtc.org.br/>

¹⁷ <http://www.pergaminovirtual.com.ar/revista/cgi-bin/hoy/archivos/00001109.shtml>

¹⁸ <http://www.softwarelivre.gov.br/noticias/pcconectado/view>

¹⁹ <http://osor.eu/news/bg-bulgaria-to-review-its-it-strategy-considers>

Source. El Plan Maestro, establece la creación de departamentos de FLOSS en el gobierno a cargo de promocionar, asegurar y coordinar, entre otras cosas, la construcción de capacidad técnica en profesionales de tecnologías de la información, el uso de estándares abiertos en toda la administración para asegurar interoperatividad y replicabilidad de los desarrollos, además que en las compras públicas se considere el software libre, y en caso de escoger alternativas propietarias debe justificarse su adopción. Especial importancia, dentro de este plan, tiene la necesidad de adaptar programas computacionales abiertos al lenguaje Khmer, lengua oficial del país, para efectos de insertar a Camboya dentro del mundo de la tecnología, pero sin poner en riesgo su identidad cultural.²⁰

En el caso de Costa Rica, un decreto del Ejecutivo de 2002 se refiere al empleo ilegal de software en oficinas gubernamentales y autorizaciones de uso de software libre. Propone, en definitiva, el software libre como una alternativa útil para garantizar el respeto de la legalidad y evitar problemas de licenciamiento ilícito en el seno de la administración.

El año 2003, Dinamarca adoptó una estrategia nacional de software pensada fundamentalmente en la necesidad de hacer interoperables los sistemas del sector público.²¹ Esta estrategia sostiene que uno de los principios para el uso de tecnologías de la información en el gobierno es maximizar el valor del dinero, de manera tal que el software que utilice la administración debe ser escogido acorde ello. Es en base fundamentalmente a un reporte de la mesa danesa de tecnología sobre software libre en la administración pública de 2002²², a partir del cual comienza a gestarse esta estrategia que, si bien no expresa ninguna preferencia obligatoria por el software libre, establece su conveniencia dentro de ciertos parámetros, lo que ha dado pie a una serie de proyectos open source bajo esta política.

En Ecuador, el 10 de Abril de 2008, el presidente Rafael Correa firmó el decreto 1014 denominado de software libre.²³ Este decreto hace suyos los principios de soberanía nacional y autonomía tecnológica, y se basa en el ahorro de recursos públicos que supondría la adopción de software libre por parte de la administración. Establece como política de Estado la utilización de software libre en sus sistemas y equipamientos informáticos, permitiendo el uso de alternativas propietarias cuando no exista una solución libre que supla las necesidades requeridas, cuando esté en riesgo la seguridad nacional, o bien cuando el proyecto informático se encuentre en un punto de no retorno, entendiendo esto último como una relación negativa del análisis costo-beneficio de la migración hacia software libre. El decreto establece una prelación para la utilización de software libre y propietario basado en criterios territoriales, prefiriendo en primer lugar soluciones tecnológicas nacionales que permitan autonomía y soberanía tecnológica, dejando en el sexto lugar del orden de prelación soluciones internacionales sin proveedores nacionales. Desde la perspectiva del control, se establece que la Subsecretaría de Informática será el órgano regulador y ejecutor

²⁰ <http://www.nida.gov.kh/activities/foss/MasterPlanFOSS.pdf>

²¹ http://www.itst.dk/arkitektur-og-standarder/publikationer/softwarepublikationer/den-danske-softwarestrategi/Softwarestrategi_-_Engelsk.pdf

²² http://www.tekno.dk/pdf/projekter/p03_opensource_paper_english.pdf

²³ http://ia360931.us.archive.org/0/items/decreto/Decreto_1014_software_libre_Ecuador.pdf

de las políticas y proyectos informáticos de las entidades del Gobierno central.

En el caso de Francia, en agosto de 2003 el gobierno lanzó un sistema de administración y gestión de contenidos open source con el fin de estandarizar los sitios web del gobierno.²⁴ El sistema, llamado AGORA²⁵, es una herramienta de fácil administración de contenidos tanto para intranet como para contenidos que las agencias estatales ponen a disposición del público en Internet. El objetivo de este desarrollo es racionalizar los tiempos de gestión de los contenidos que se publican y permitir su interoperatividad, así como la suscripción a través de protocolos abiertos entre distintas dependencias públicas.

En Tanzania, el 2002, el Ministerio de Comunicaciones y Transporte redactó el primer borrador de lo que será una política nacional de tecnologías de información y comunicaciones.²⁶ Este documento pretende establecer un marco técnico y legal que permita a las tecnologías contribuir al desarrollo del país y avanzar hacia la sociedad del conocimiento. Uno de los puntos estratégicos de esta política está en la superación de una serie de desafíos, entre los que se encuentra la promoción de programas computacionales de código abierto para efectos de uso interno del gobierno. Si bien no es una política de aplicación directa, es importante destacarla toda vez que sentará las bases para normas específicas en la materia a ser desarrollada en el marco de esta política tecnológica.

Junto a Brasil, Venezuela es el país que más iniciativas ejecutivas tiene en materia de promoción de tecnologías abiertas o libres en la administración, en lo fundamental debido al apoyo del gobierno de Hugo Chávez a los procesos de migración y soporte de software libre en el país. En uno de los primeros documentos, el gobierno venezolano anunció medidas pensadas en la adopción masiva de software libre en 2002, basada en la preocupación de las autoridades respecto del gasto público en materia de licencias –ascendente, según sus cálculos, a un 75% de los fondos son destinados a pagar licencias de software– que favorecía esencialmente a empresas extranjeras, por ello esta política va en directo beneficio de los programadores nacionales. La frase con la que el Ministro de Planificación y Desarrollo, Felipe Pérez-Martí, explicó esta decisión fue “*Software libre, cuando sea posible, software propietario sólo cuando sea necesario*”.²⁷

El año 2004 se inaugura en la primera Academia Venezolana de Software Libre en la ciudad de Mérida.²⁸ Este instituto educativo se configura como un centro de formación, investigación y desarrollo de software de fuente abierta y de licencia gratuita, que brinda apoyo a individuos e instituciones públicas y privadas con el fin de incrementar la eficiencia, la productividad y la calidad en los servicios ofrecidos por las diferentes organizaciones nacionales, así como reducir los costos de operación y desarrollo.²⁹ La creación de estas

²⁴ <http://europa.eu.int/idabc/servlets/Doc?id=21009>

²⁵ <http://www.agora.gouv.fr/>

²⁶ <http://www.moct.go.tz/ict/zerothorder.pdf>

²⁷ <http://www.linuxtoday.com/mailprint.php3?action=pv<sn=2002-08-30-011-26-NW-LL-PB>

²⁸ [http://www.mct.gob.ve/Vistas/Frontend/documentos/Resoluc.237%20%20Programa%20Academia%20Software%20Libre%20\(1\)%20\(1\).pdf](http://www.mct.gob.ve/Vistas/Frontend/documentos/Resoluc.237%20%20Programa%20Academia%20Software%20Libre%20(1)%20(1).pdf)

²⁹ <http://asl.fundacite-merida.gob.ve/claroline/document/showinframes.php?cidReq=N803&file=%2Finfocopia.html>

instituciones –ya hay otras en Caracas y en Zulia³⁰–, supone un incentivo para el desarrollo de aplicaciones open source tanto para organismos del Estado como también para pequeñas y medianas empresas.³¹

Pero no será sino hasta 2004 cuando el gobierno central se decide por una política más agresiva para la adopción del software libre en el estado. El decreto 3390, de 2004, establece un empleo prioritario de software libre desarrollado con estándares abiertos en los sistemas y servicios públicos informáticos.³² En aquellos casos en que no se pueda desarrollar o adquirir de alguna forma aplicaciones de software libre bajo estándares abiertos, los órganos y entes de la Administración Pública deberán solicitar autorización al Ministerio de Ciencia y Tecnología para adoptar otro tipo de soluciones bajo las normas y criterios establecidos por ese Ministerio con anterioridad. Además, este decreto establece que el mismo Ministerio acelerará ciertos procesos de capacitación en programas abiertos destinados a funcionarios públicos. Interesante resulta, además, que en coordinación con el Ministerio de Educación y Deportes, se establecerán políticas para incluir este tipo de software en los programas de educación básica y diversificada.

* * * * *

Además de los decretos antes señalados, existe una serie de normativas en proyecto que se encuentran detenidas en trámites legislativos, algunos rechazados, otros tan sólo de aplicación local. Las restantes corresponden a proyectos de ley en trámite, otros que duermen en los archivos del Congreso, y otros simplemente rechazados.

De los otros proyectos revisados, cinco son legislaciones estaduais de Brasil: Ordenanza de Río Grande do Sul (2001) Paraná (14.058 y 14.195, ambas de 2003); Sao Paulo (2004) Recife (2001); tres son regulaciones de una Región o Ciudad: Bruselas-Capital (2002); San Carlos (2001) y Campinas (2001); dos son Resoluciones de la Asamblea Legislativa de Portugal (2004 y 2006), a lo que podemos sumar una Normativa Técnica, del INEI peruano.

La disparidad de ámbito geográfico, de origen de las normas y de su contenido, permite constata que, antes que un fenómeno que se réplica de país a país, constituye un movimiento espontáneo a distintos niveles.

* * * * *

Como veremos más adelante, basado en modelos de regulación de políticas públicas, es posible modelar las iniciativas tanto legislativas como administrativas en dos grandes grupos: aquellas que aplican el software libre como principio de regulación y las que aplican el software libre como una regla. No obstante lo anterior, es posible, además, modelar las iniciativas en base a un criterio distinto, que tiene que ver no tanto con la política general de

³⁰ <http://www.mv.gov.ve/noticias/index.php?act=ST&f=14&t=33027>

³¹ http://asl.fundacite-merida.gob.ve/courses/N803/document/ASL_Reglamento_aprobado.pdf

³² <http://www.mct.gob.ve/Vistas/Frontend/documentos/Decreto%203.390%20Software%20%20Libre.pdf>

software en el gobierno sino que se refiere a la forma de ejecución directa de este tipo de políticas.

La distinción previa permite evitar la generalización natural que supone la estandarización de prácticas y políticas tan numerosas alrededor del mundo, ya que, a su vez, es posible identificar cuatro tipos de políticas específicamente referidas a cómo el software libre es comprendido dentro del Estado: como opción obligatoria, software libre como opción preferente, software libre como opción permitida, y software libre como una opción vinculada a la investigación y el desarrollo, sea desde la perspectiva de otorgar subsidios a la industria, sea desde la perspectiva de iniciar desarrollos particulares.

Desde el punto de vista de la opción por el software libre en forma obligatoria, esta vendría a ser la opción más fuerte que puede sostener una política pública, no solo por lo que supone desde el punto de vista del cambio radical de los sistemas informáticos y los costos que una gran migración puede llevar, sino que fundamentalmente en todos los casos supone una alta inversión pública en infraestructura y la existencia de una fuerte industria de desarrollo nacional que pueda hacer frente a las necesidades del aparato público. Es la opción que ha tomado Ecuador y Venezuela en base a sendos decretos administrativos de 2008 y 2004, respectivamente.³³

Una segunda opción normativa, como se aprecia en el cuadro N°1, siempre desde el punto de vista de la ejecución de directrices, es la preferencia por desarrollos libres o abiertos en detrimento de las opciones derivadas de software propietario, casos en el cual pueden existir excepciones o no. Un caso claro de este tipo de opciones es el del proyecto brasileño PC Conectado, que, aun cuando ha variado en el tiempo, inicialmente establecía una preferencia expresa por ofrecer a la población computadores que tuvieran software libre en sus sistemas, dejando de lado los desarrollos propietarios.

Cuadro 1: Número de iniciativas de nivel reglamentario y estado de tramitación

Estado	Iniciativa	Política de Software Libre
Brasil	2003	Permitido
	2004	Preferencia
	2004	Investigación y Desarrollo
	2005	Preferencia
Bulgaria	2004	Investigación y Desarrollo
Camboya	2005	Preferencia

³³ Con todo, la iniciativa de Ecuador establece un orden de prelación en las compras públicas con una opción preferente por los desarrollos abiertos y las aplicaciones desarrolladas por las comunidades locales y nacionales.

Costa Rica	2002	Permitido
Dinamarca	2003	Permitido
Ecuador	2008	Obligatorio
Francia	2003	Investigación y Desarrollo
Tanzania	2003	Permitido
Venezuela	2002	Permitido
	2003	Investigación y Desarrollo
	2004	Obligatorio

Por otro lado, desde la vereda de las opciones más débiles, podemos encontrar aquellas políticas públicas que permiten expresamente que se opte por software libre en la Administración. Si bien en principio puede parecer que esta opción no es lo suficientemente relevante desde el punto de vista de los modelos, lo es en cuanto países en vías de desarrollo los gobiernos han tendido a hacer suyas políticas de software basadas en estrategias de grandes compañías que de esta forma capturan una parte importante del mercado en detrimento de desarrollos locales, sea que ellos se basen en alternativas libres o no. Esta opción, además, hace frente a un concepto de neutralidad tecnológica que, como decíamos anteriormente, al no decir nada –en el entendido que la neutralidad del Estado es un dejar hacer al mercado– por omisión sostiene una opción por un tipo de desarrollos e industrias, en un estadio de desarrollo en general suficientemente amplio como para ahogar la innovación local y los desarrollos locales.

Por último, en una cuarta opción es posible encasillar aquellas políticas que no dicen necesaria relación con apuestas públicas en cuanto a la adopción o uso de software libre, sino que escogen una apuesta de Investigación y Desarrollo. Se caracteriza este tipo de normativas porque el Estado da un paso al costado en la elección de sistemas informáticos, pero dado que se encuentra en un estadio tal puede encargar estudios e informes que expliquen las opciones existentes, o bien estudien el mercado para una decisión informada, o bien la administración hace efectivamente una apuesta pero no sobre software sino que sobre necesidades relativas a la diseminación de estándares documentales abiertos dentro del aparato público, o bien se adopta un sistema de subvención hacia la industria de desarrollo de software.

4.3 Modelos de Regulación

Del análisis de las distintas normativas que se hacen cargo del fenómeno del software libre en la Administración del Estado, es posible establecer que existen cuatro tipos de formas en las que se llevan a cabo estas políticas, a saber: normativa que establece la posibilidad de adoptar software libre, política de preferencia de software libre por sobre software propietario, establecimiento del software libre como obligatorio, y políticas de investigación y desarrollo

sobre alternativas tecnológicas abiertas o libres.

Si bien de la sola enumeración de este tipo de políticas es posible establecer parámetros de comparación, para efectos metodológicos, y fundamentalmente para enriquecer el análisis posterior, hemos preferido hacer una distinción entre modelos de regulación que apuntan a establecer el software libre como principio y otras que han optado por regular a través de modelos de reglas. Dentro del segundo grupo, hemos apuntado a una segunda distinción, entre iniciativas que establecen reglas de uso exclusivo de software libre –dentro de las cuales las hay las que establecen excepciones y las que no– y otras que se sostienen sobre la base de una regla de uso no exclusivo sino que preferente. Además, nos detendremos a analizar el concepto de neutralidad que asumen algunas de las regulaciones estudiadas.

4.3.1 Modelo de Software Libre como Principio

Como hemos visto, una manera de regular la incorporación de software libre a la Administración del Estado consiste en establecer una proposición que oriente las decisiones de los órganos que la componen, mas sin que esta resuelva de forma inequívoca y homogénea la diversidad de situaciones en que se encuentran los distintos órganos que componen la Administración en la adopción de alternativas tecnológicas. En este sentido, hemos entendido que una política de software libre entendida como principio regulador supone consagrar una norma con tal grado de generalidad que necesariamente deba ser interpretada en forma amplia. A este modelo le llamamos el modelo del Software Libre como Principio.

El mejor ejemplo de esta manera de resolver la problemática del software libre lo constituye el caso de Australia, que en los proyectos de enmienda indicaba que las agencias cubiertas por la reforma procuren el uso de software open source prefiriendo al software propietario *“en la mayor medida que sea posible”*.³⁴

Una frase que grafica muy bien la lógica que hay detrás del modelo es la siguiente *“Esta posición no debería ser vista como que el Gobierno esté promoviendo el uso de software libre en todos los casos, sino que estamos tratando de identificar y remover los impedimentos para que el Gobierno adopte soluciones open source”*.³⁵

Otro caso semejante es el del Estado de Oregon, donde mediante un proyecto de legislación se aspiraba a mostrar que existía un interés público en la adopción del software libre que obligaba a la administración a *“considerar”* su uso.³⁶ No obstante, no parece desprenderse de la redacción de la norma que eso sea suficiente razón para preferir el software de código abierto en todos los casos, sino que por el contrario, establece un marco legal adecuado para que el Estado no se encuentre condicionado por la ley a adquirir determinado tipo de programas computacionales.

³⁴ Financial Management and Accountability (Anti-Restrictive Software Practices) Amendment Bill 2003. P. 6.

³⁵ Javier Jesús ESTEPA NIETO, *“Software Libre para el Desarrollo del Tercer Mundo-Memoria”*, p.135. (traducción del autor)

³⁶ <http://www.leg.state.or.us/03reg/measures/hb2800.dir/hb2892.intro.html>

Este modelo de regulación es el paradigma de una solución más bien pragmática en la adopción de modelos abiertos, y ahí reside su mayor ventaja. Así, por ejemplo, en Australia las directivas permiten a las distintas agencias del gobierno usar cualquier software que responda a sus necesidades y a su nivel de gasto. No podemos ver en esta ley una política específica en torno al software libre, sino más bien una invitación a considerar las ventajas que puede presentar el FLOSS para las reparticiones públicas. Lo que cada servicio debe hacer al momento de escoger el tipo de tecnología es tomar este principio de optar preferentemente una alternativa de software libre y verificar si existe otro principio reconocido por el Derecho que entre en tensión con aquél, como podría ser el caso de la austeridad de la administración, si la solución libre requiere modificaciones que significan costos importantes comparados con la solución propietaria. En dicho caso, tras hacer un ejercicio de balance, el servicio público podrá perfectamente optar por una solución distinta, pese a que “a priori” debía inclinarse por el software libre.

Al observar el rol del Estado en un modelo como este, vemos que su acción se limita a revisar las justificaciones que ofrezcan las agencias para optar o no por el software de código abierto. No se ve la necesidad entonces de contar con una institucionalidad especialmente robusta para hacer frente a estos temas, ni tampoco campañas de capacitación para los funcionarios de la administración.

Dentro de las condiciones que podrían favorecer el que un Estado decida regular a través de este modelo, se encuentra el grado de autonomía que cada uno de los gobiernos cuenta como para considerar las distintas opciones con cierta libertad y, por otro lado, más que problemas de transparencia y acceso a la información por parte de los ciudadanos, existan condiciones de mercado que garanticen que una opción no afecte a la industria que se construye sobre la base de alternativas abiertas o libres, sobre todo bajo el prisma que es el Estado uno de los principales clientes de empresas de desarrollo tecnológico en países en vías de desarrollo.

Colombia, en el texto original del Proyecto N°021/2007³⁷ también asume un modelo de principios, pero con ciertas peculiaridades que lo hacen un tanto distinto a los ejemplos antes comentados. En él se incluyen criterios tales como el control efectivo de los sistemas de información y la transparencia de las tecnologías utilizadas. Sin embargo, el mismo proyecto luego de los cambios sufridos en ciertos principios que lo dirigían, e incluso, en la forma de concretizarlos, puso nuevamente en evidencia la debilidad de este modelo de regulación.

El modelo de regulación que hemos denominado de principios es un modelo en general débil, debido a la relativa generalidad con la que enfrenta la adopción de políticas tecnológicas en los países. Este modelo, que se caracteriza en general por establecer condiciones de ejecución preferentes, le entrega gran discrecionalidad a la autoridad administrativa para optar por alternativas abiertas o libres, a diferencia del modelo de software libre como regla, donde la administración no tiene el margen que le entrega el texto legal. Debido a aquello es que los modelos más fuertes de regulación serán aquellos que se establecen a través de reglas y no como principios, tal como veremos.

³⁷ http://slcolombia.org/Proyecto_de_Ley

4.3.2 Modelos de Software Libre como Regla

A diferencia del modelo de adopción de software libre como principio, donde la integración de soluciones libres en la administración no supone mayor actividad del aparataje gubernamental, sino que se concentra en consagrar la posibilidad que el Estado opte por dichas alternativas en 'igualdad' de condiciones con las soluciones propietarias, en el caso del modelo de software libre como regla el Estado o sus agencias hacen una opción legal y consagran normativamente la importancia del software libre en su actividad.

Dentro de este contexto, veremos que ciertas regulaciones establecen reglas de uso exclusivo o preferente de alternativas libres, en ambos casos con o sin excepciones.

1) Uso Exclusivo de Software Libre Sin Excepciones

Al tratar como regla el uso de software libre resulta mucho más simple controlar el cumplimiento de dicho estándar. Un claro ejemplo es la regla que establece que sólo se empleará software libre, sin configurar excepciones, presente en el proyecto belga de Roelants du Vivier (2003). El proyecto establece que toda la adquisición, todo el tratamiento, todo el archivo, todo el intercambio y toda la comunicación de los organismos del Estado se hará usando protocolos abiertos y software libre.

También se ajusta a este modelo el proyecto francés del año 2000 impulsado por Yves le Déaut, que crea una unidad llamada Agencia de Tecnologías de la Información, la que deberá identificar las necesidades de los servicios públicos, aconsejar en cuanto a soluciones técnicas y velar por la armonización de estándares.

Algo semejante sucede con la iniciativa de Bolivia, que si bien emplea las voces "uso preferente" y "migración progresiva", no establece excepción alguna, sino obligaciones para los organismos públicos, tal como intercambiar información a través de Internet con software libre y fomentar el desarrollo de la industria de software libre, además de desarrollar un sistema operativo propio.

Tanto el proyecto belga como el francés se obligan a garantizar fundamentalmente la interoperatividad entre las agencias estatales, a través de la adopción de protocolos abiertos. Mientras, en caso del proyecto de Bolivia no se contempla como objetivo ni función del Estado asegurar la interoperatividad transfronteriza, sino que desarrollar una industria nacional de software y resguardar su soberanía tecnológica. Este es el modelo más cercano a las ideas de Richard Stallman, toda vez que desde su formulación es posible apreciar una connotación no necesariamente práctica, ni centrada en la dependencia tecnológica, sino que ve en el software libre un asunto ético.

De lo dicho se desprende que para que este modelo de regulación de software sea viable se requiere un aparato estatal extremadamente eficiente y robusto. Es más, la agencia que asume la responsabilidad conforme a la ley en el proyecto francés sería la mencionada Agencia de Tecnologías de la Información, en Bolivia todo parecería quedar en manos del Ejecutivo, mientras en Bélgica se trataría de los servicios del Gobierno Federal, que desde luego tiene el deber de responder por los actos de sus funcionarios.

Desde el punto de vista de países en vías de desarrollo resulta complejo implementar esta hipótesis, cuya consecución y control requiere disponer de recursos fiscales suficientes como para sostener un engranaje administrativo de alta capacidad técnica, junto a una industria tecnológica nacional que desarrolle software open source y tenga la magnitud para hacer frente a los requerimientos del aparato estatal. Más aún, como hemos visto, este modelo de intervención tiene por objeto precisamente fortalecer a la industria de software local frente a las opciones transnacionales propietarias.

2) Uso Exclusivo de Software Libre Con Excepciones

La regulación exclusiva con excepciones es uno de los dos modelos más influyentes conforme a nuestra investigación. En él, las excepciones son usualmente transitorias y se verifica una apuesta importante por la investigación y desarrollo vinculado a la industria de software libre.

Su variante más radical es aquella que sólo contempla una única excepción, como es el caso del primer proyecto belga, iniciativa de J.F. Istasse. En él, la excepción al uso de programas libres dice relación con ciertas tareas específicas para las cuales no existe un software que responda a las necesidades requeridas por la administración. Sin embargo, resulta de toda lógica deducir que si la administración tiene un rol de difusión de los programas, apenas se cree una solución de tipo libre la excepción pierda sentido y eficacia. Es exactamente el mismo caso de Bruselas-Capital, ley que sin duda se basó en Istasse. En Italia, los proyectos también establecen una excepción única, cuyo requisito es que cuando se decida por una alternativa propietaria ésta debe ser motivada.

Una segunda versión de este modelo contempla más excepciones, y uno de los mejores ejemplos es el proyecto de ley 3280/2004 sobre software libre en los establecimientos educacionales de Brasil. En dicho caso, se acepta la inclusión de programas computacionales propietarios cuando éste tenga mayores ventajas y garantice menos inversión, además del caso de que el uso de programas libres pueda causar incompatibilidad operacional con otros sistemas del sector público.

Ecuador constituye un tercer caso, pues se exige obligatoriamente software libre, salvo que no exista solución libre para la necesidad que se plantee, que esté en riesgo la seguridad nacional o que el proyecto informático se encuentre en un punto de no retorno, caso en el cual el software privativo otorga más ventajas con menos inversión pública.

Sin duda una de las variantes más sofisticadas a la fecha es la desarrollada en Perú el 2002 por los congresistas Villanueva Núñez y Jaques Rodrich Ackerman, y que se repite en varios proyectos de Argentina y Portugal, entre otros. Se trata de un sistema de excepciones con orden de prelación y permiso temporal. Esto es, la regla es que si no existe solución libre, la primera alternativa es un software que sólo restrinja el derecho de distribución de copias, en cuyo caso el permiso podrá ser definitivo. Si no existiera tal software se deberá escoger un programa que cuente con una alternativa libre en desarrollo avanzado, en cuyo caso el permiso se extiende hasta que se comience a distribuir la solución libre. En tercer orden, si no se encontraren productos informáticos en tales condiciones, se podrá optar por una

solución propietaria, en cuyo caso el permiso es temporal y con una duración de dos años, que sólo se podrán renovar si no se hubiera desarrollado una solución libre satisfactoria en el mercado. Normalmente –como era el caso del proyecto Macaluse en Argentina y otros más– este modelo incorpora la exigencia de que el uso excepcional debe ser justificado técnicamente.

El sistema de prelación constituye una gran ayuda para el Estado y los desarrolladores de software libre, quienes constantemente estarán siendo requeridos para nuevas soluciones, existiendo un estímulo para desarrollar más y más programas en el menor tiempo posible, además de ser una opción ligeramente menos forzada para la adopción progresiva de estas alternativas, habida cuenta de la debilidad de la industria de desarrollo de un país.

3) Uso Preferente de Software Libre Sin Excepciones

La preferencia a favor del software libre, cuando no es exclusiva, significa que se tolera la coexistencia entre software libre y propietario, aproximándose de cierta forma al modelo de principios, al no haber una orden legislativa o administrativa de carácter normativo que condicione en cierta forma el tipo de programas computacionales con los que debe contar el aparato público.

Uruguay, España y Costa Rica adoptan este modelo porque su finalidad está lejos de establecer el uso de software libre para toda la administración. En el caso de España (2002), por ejemplo, los fines que se persiguen son educacionales y culturales, lo que se pretende es resolver una necesidad social y no imponer el uso de una determinada tecnología, sea por motivos ideológicos o pragmáticos.

El caso de Costa Rica, la iniciativa del año 2002 tenía como objetivo declarado la superación de la piratería, para lo cual las reparticiones públicas debían confeccionar inventarios de software, de manera tal de deshacerse de los programas que no contaran con las licencias debidas y, por último, se propone el software libre como una alternativa válida para evitar dichos problemas. El objetivo final era limpiar el camino al software de código abierto a efectos de que se instalase como alternativa, para lo cual el software privativo no es obstáculo. En este caso, el responsable de la adquisición de programas tiene lineamientos y pautas para escoger entre distintas alternativas, donde el software libre es una de ellas.

El proyecto de la diputada Daisy Tourné en Uruguay era relativamente similar, pues buscaba el intercambio de datos en formatos abiertos, usándose los programas de código abierto como una herramienta para acceder a los datos. Así, no es un clásico proyecto que busque la adopción masiva de software libre, sino que apunta a la adopción de estándares que garanticen interoperatividad pensando en el libre acceso a la información de los ciudadanos y estimular el desarrollo de la industria nacional de software.

4) Uso Preferente de Software Libre Con Excepciones

La característica principal de este modelo es que se opta por una preferencia hacia programas basados en software libre, pero se permite el empleo de programas propietarios

en ciertos y determinados casos. La gran mayoría de las iniciativas brasileñas responden a estas características. Así por ejemplo, la Ley Estadual de Recife (2001) contempla dos hipótesis de excepción donde se permite la utilización de programas propietarios: cuando no exista un programa similar de código abierto que contemple las soluciones que son objeto de la licitación, y cuando el uso de un programa con código abierto pueda causar problemas de incompatibilidad operacional con otros programas usados por la administración.

Varios de los proyectos³⁸ que siguen este modelo contemplan la posibilidad de usar software propietario, ordenando que se prefiera aquéllos que permiten operar en multiplataforma, es decir, que admitan la interacción armónica entre la regla general y la excepción.

4.4 Propuestas en Chile

En el caso de nuestro país, se ha logrado pesquisar cuatro iniciativas concernientes al empleo de software libre en la Administración del Estado: el proyecto de ley del senador Alejandro Navarro; el proyecto de norma reglamentaria del Proyecto de Reforma y Modernización del Estado (PRYME); el proyecto de acuerdo parlamentario iniciado por el diputado Roberto Sepúlveda; y, la reciente indicación al proyecto de ley presupuestaria 2009. Veamos brevemente cada una de las iniciativas.

a) Proyecto de Ley sobre uso preferente de Programas de Libre Distribución en los órganos del Estado, de autoría del senador Alejandro Navarro. Previo a su revisión es necesario formular dos observaciones respecto de este documento: la primera, es que propiamente no constituye un proyecto de ley, sino sólo un borrador de proyecto de ley, pues no ha sido ingresado a tramitación parlamentaria; la segunda, que no es sólo un proyecto, pues en verdad ha sido un proceso a lo largo del cual se ha dispuesto de sucesivas versiones del mismo, con modificaciones bastante significativas de por medio, y no siempre provenientes de fuentes oficiales. Dado esto último, hemos optado por servirnos de la última versión disponible en la misma página web del mencionado senador Navarro.³⁹

El proyecto de ley fija un plazo para la migración progresiva de los órganos del Estado –no sólo la Administración– desde software propietario a software libre o de código abierto, los cuales conceptualiza, sobre la base de aludir a software licenciado con cláusula copyleft.

³⁸ Durante 2002, las autoridades australianas decidieron poner su vista en las “oportunidades para la innovación, mejoras en la interoperatividad y ahorro de costos”. Con esa mirada, no era de extrañar que en 2003 el Senador Craig propusiera al Senado un proyecto de enmienda a la Financial Management and Accountability Act, conocido como “Anti-restrictive software practices Amendment Bill 2003”. Además, en esta misma línea, cabe consignar el proyecto de Bélgica de 2003, patrocinado por M. François Roelants du Vivier y Mme Chrsitine Defraigne, cuya propuesta abarcaba a todas las administraciones federales. Éste define software libre aludiendo a las libertades básicas, y acto seguido explica los que son los estándares abiertos, que comprenderían a los formatos abiertos y los protocolos abiertos, definiéndolos en general en los mismos términos que el proyecto de Istasse.

³⁹ <http://www.navarro.cl/glegislativa/PL/index.php?contenidos=proyectos0206>. En el mencionado link se consignan dos iniciativas de ley, ninguna de ellas ingresadas efectivamente a tramitación parlamentaria. Hemos examinado la última de ellas - Proyecto de Ley sobre uso preferente de Programas de Libre Distribución en los órganos del Estado-, que parece haber madurado la anterior.

Adicionalmente, se fija el uso de este tipo de software como regla, aun cuando admite ciertas excepciones graduadas, en un sistema de prelación de aplicaciones susceptibles de ser empleadas por el Estado ante ausencia de software libre. Asimismo, el proyecto prevé una institucionalidad, el Consejo Consultivo de Tecnologías de la Información, responsable, aún cuando precariamente, de asesorar a la Presidencia sobre la materia. También se prevé un burocrático y entrabado sistema de gestión administrativa para el software empleado por el Estado y, a efectos de garantizar el cumplimiento de la normativa, establece mecanismos de publicidad de las decisiones gubernamentales sobre la materia, confiere acciones de clase y prevé mecanismos de participación ciudadana para ello.

Dada la extensión de materias a las que refiere el proyecto del senador Navarro, éste necesariamente debía ser materia de ley, pues, entre otros puntos, prevé acciones judiciales específicas, y extiende su ámbito de aplicación no sólo a la Administración del Estado sino a todo él. Menos ambicioso y más sencillo resultaba la iniciativa del Proyecto de Reforma y Modernización del Estado (PRYME).

b) Proyecto de norma reglamentaria sobre desarrollo de soluciones informáticas para organismos públicos. El 2005, el PRYME estableció un Comité de Licencia General del Estado, el cual formuló una propuesta sobre condiciones generales de desarrollo de soluciones informáticas con acceso a código fuente para organismos públicos. Se trataba de una propuesta reglamentaria que, en lo sustancial, apuntaba a garantizar que toda licitación de desarrollo informático para organismos públicos garantizara el acceso al código fuente respectivo, mediante su entrega al organismo público en cuestión, el que lo depositaría posteriormente ante el PRYME del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, a efectos de su acceso, distribución, uso y modificación por otros organismos públicos. Con todo, por vía de excepción, admitía la posibilidad de que las soluciones informáticas continuaran siendo suministradas a los organismos públicos sin que éstos pudiesen distribuir las y usarlas entre sí, o bien sin que les sea franqueado el acceso a su código fuente de programación.

La iniciativa del PRYME era bastante menos ambiciosa e intrincada que la prevista en el proyecto de ley del senador Alejandro Navarro. Tenía la ventaja de que responsabilizaba al PRYME –hoy Estrategia Digital – de diversos aspectos técnicos de la iniciativa, y que representaba un esfuerzo menor en términos normativos, pues sólo suponía intervención reglamentaria. Sin embargo, adolecía de dos limitaciones significativas: la primera, que siendo sólo una norma reglamentaria, su aplicación alcanzaría sólo a los órganos de la Administración Central del Estado; la segunda, que como ha acontecido con otras normas técnicas adoptadas por el Gobierno en relación al control de spam, la documentación electrónica y los sitios web del Estado, esta iniciativa no disponía de una institucionalidad relativamente robusta para seguir el proceso.

La iniciativa fue presentada al Comité de Normas y Estándares, sin que se adoptará una determinación a su respecto, siendo archivados los antecedentes.

c) Acuerdo parlamentario que solicita implementar en Presidencia, Ministerios y servicios de la Administración del Estado el sistema de software libre. También conocido como el acuerdo sobre software libre del diputado Roberto Sepúlveda, quien fuera su redactor. Fue presentado a la Cámara de Diputados, en junio de 2007, y aprobado por la misma.

Por consideraciones que no viene al caso reproducir, el acuerdo parlamentario básicamente solicita a la Presidencia que tenga a bien implementar en sus propias oficinas, en Ministerios y en la Administración del Estado –naturalmente, no alcanza a otros poderes del Estado, como el propio legislativo– software libre y, al mismo tiempo, disponer que el Ministerio de Educación implemente en la malla curricular de los establecimientos educacionales del país el uso de éste, realizando una campaña de difusión del mismo.

Por su propia naturaleza esta iniciativa tiene efectos sumamente limitados. No constituye propiamente una ley, aun cuando sea un acto del órgano legislativo. En esencia, este acuerdo constituye una interpelación o recomendación de un poder del Estado a otro, sin fuerza vinculante.

d) Indicación a la Ley de Presupuesto 2009. Durante la reciente tramitación parlamentaria de la Ley de Presupuesto 2009, se formuló una indicación que fue acogida a tramitación y posteriormente desechada.

La mencionada indicación establecía que en la cotización de equipos computacionales que incluyera el costo de licencias, debía indicarse al menos una alternativa con software licenciado bajo la modalidad de fuente abierta o libre de costo. Adicionalmente, establecía que no se podría adquirir licencias en la compra de equipamiento computacional, y las licencias de software que se requieran deberán ser adquiridas individualizándose por separado, y su cotización debía acompañarse con una justificación especial, si es que existía un software de código abierto o libre de costo que realizara la misma función.

Como puede apreciarse, la indicación parlamentaria en cuestión fundamentalmente apuntaba a transparentar el gasto público en licencias de software y a instar a la adquisición de software libre, aun cuando sin desestimar la adquisición de otro tipo de software, sin más. Ahora bien, cualquiera fuese la pretensión de la indicación, lo cierto es que resultó desestimada posteriormente.

Como puede apreciarse de la lectura precedente, tanto el acuerdo parlamentario como la indicación a la ley de presupuesto revisten una relevancia menor en el análisis. En cambio, las propuestas de ley del senador Navarro, así como de iniciativa reglamentaria elaborada bajo los auspicios del PRYME, pueden suministrar más elementos para una eventual intervención normativa en la materia, una vez se haya determinado el alcance y los objetivos de la decisión de política gubernamental en la materia.

4.5 Reflexiones varias

De lo descrito anteriormente es posible sacar una serie de reflexiones en torno al mapeo de las soluciones a las que han llegado las distintas jurisdicciones.

Un primer elemento a considerar de las más de 186 iniciativas a nivel nacional que existen alrededor del mundo, y de las más de 275 iniciativas en total incluyendo aquellas de alcance local o regional, es que éstas se encuentran dispersas en todos los continentes, no existiendo alguna región que se acoja de mejor manera desde el punto de vista estadístico soluciones de software libre que otras, tal como se muestra en el cuadro más abajo.

No obstante lo anterior, Europa aparece como el continente con mayor cantidad de propuestas aprobadas, mas aquello responde naturalmente al número de países que conforman la región y al desarrollo tecnológico que soporta este tipo de iniciativas. En el mismo sentido debe analizarse lo que sucede con el escaso número de iniciativas que aporta Norteamérica.

Cuadro 2: Número de iniciativas de nivel reglamentario y estado de tramitación

Distribución Regional ⁴⁰				
	Propuestas	Aprobadas	Fallidas	Total
Europa	95	33	7	135
Asia	47	22	1	70
Latinoamérica	20	13	4	37
Norteamérica	9	6	4	19
África	4	1	0	5
Medio Oeste	7	1	0	8
	182	76	16	275

En segundo lugar, además de la caracterización explicada anteriormente, es interesante ver que parte de las iniciativas de los gobiernos dice relación con subsidios específicos para proyectos basados en licenciamiento abierto o libre, fundamentalmente aquel pensado en entrenamiento para desarrolladores open source. Esto va a ser importante sobre todo en aquellas preferencias normativas que suponen una adaptación obligatoria de software libre por parte de la administración que, como vimos, supone también una industria capaz de dar respuesta a las necesidades del aparato estatal. Casos como este son los que se ejemplifican en el caso de Brasil que, en una iniciativa de 2004, pretende programas de inclusión digital basados en estándares abiertos en la educación pública básica. Es también el caso del proyecto de ley de Stella Díaz en Colombia de 2007, que establece que todas las

⁴⁰ “Government Open Source Policies”, Center for Strategic and International Studies, July 2008. Incluye normativas nacionales y regionales estudiadas por el CSIS.

instituciones de educación formal del país promoverán la enseñanza del software libre. Y, es también el caso de Venezuela, a través de sus Academias de Software Libre, a las que ya hemos hecho referencia con anterioridad en este informe.

Un tercer elemento importante a considerar en la adopción de software libre por parte del Estado es la importancia que tienen los entes públicos como agentes de mercado en la adquisición de servicios computacionales, particularmente en países en vías de desarrollo. Aquello es importante en especial en aquellas alternativas como la española de 2002 y la de Río Grande de Sul (2002) que suponen una adopción preferente de sistemas abiertos.

Por otro lado, es importante la distinción entre una opción estatal por “preferir” alternativas abiertas –como es el caso del proyecto de la diputada Chinchilla en Costa Rica–, y una opción por “considerar” el uso de software libre –tal como es el caso de Oregon (2003) ya analizado–. La opción preferente suele enfrentar problemas derivados de que en dicho caso el gobierno estaría realizando una discriminación arbitraria en contra de los desarrolladores de software propietario. Por su parte, opciones de “consideración” de software en la administración suponen el establecimiento de estándares de competencia y en ciertos casos el establecimiento de reglas y criterios claros sobre los que se construirán las soluciones informáticas del Estado, no representando necesariamente una opción explícita hacia el software libre.

Desde el punto de vista de las opciones normativas adoptadas por los países, resulta interesante detenerse en los problemas de índole constitucional que eventualmente puede acarrear la adopción de software libre en el Estado. Esta discusión está lejos de ser un ejercicio meramente dogmático. De hecho ha sido el caso tratándose del proyecto de ley liderado por Edgar Villanueva Núñez en Perú, quien se enfrascó en una discusión pública con Juan Alberto González, General Manager de Microsoft Perú, donde se esbozaron una serie de argumentos técnicos y algunos de orden constitucional dando razones de por que era una mala idea el proyecto de ley de 2001. En esta polémica se trajeron a colación los principios de igualdad, no discriminación, libre iniciativa privada y libertad de industria.⁴¹

Desde el punto de vista de la Constitución chilena, estos argumentos pueden tener cierto sentido tratándose de alguna de las opciones más fuertes de adopción de software libre por parte del Estado, las que van a diferir dependiendo de la opción de la que se trate. No está de más decir que la interpretación de toda norma legal, y en particular cuando se trata de la Constitución, es un asunto muy complejo y que en la gran mayoría de los casos no acepta respuestas absolutas, debido a que ella supone un alto grado de abstracción. Más aún cuando en la vida diaria sus normas suelen entrar en colisión con otras del mismo nivel cuando se trata de derechos fundamentales, tales como libertad de expresión y derecho a la honra, entre muchos otros.

Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo, creemos necesario detenernos en a lo menos tres normas constitucionales que pueden entrar en juego en esta materia.

En primer lugar, la norma del artículo 19 número 2, que asegura a todas las personas la

⁴¹ <http://www.gnu.org.pe/carta1.html>

igualdad ante la ley. Sostiene, además, esta norma que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias. Es interesante esta disposición, toda vez que en principio es reflejo de una norma general de igualdad que se establece en buena parte de los ordenamientos constitucionales occidentales, pero cuya interpretación y aplicación ha llevado a alcanzar también a las personas jurídicas en el ejercicio de los derechos que la Constitución y las leyes le entregan.

Lo anterior supone comprender el alcance del concepto “arbitrario” que utiliza la norma anteriormente citada. Y cuando la Constitución hace referencia a este concepto, entiende que no se refiere a cualquier diferencia. En efecto, en todo tiempo tanto el Estado como particulares realizan ‘discriminaciones’ y diferencias a favor de ciertas personas e instituciones, pero no es aquello lo que la Constitución pretende enfrentar, sino situaciones en las cuales estas diferencias no responden a la racionalidad, sino que obedecen a un mero capricho. Así, desde el punto de vista de las opciones normativas existentes en relación a la adopción de software libre, no se visualiza un problema sustantivo en lo que respecta al modelo de principios.

En cambio, los modelos que hemos denominado de software libre como regla suponen una opción por parte de Estado a favor de alternativas abiertas o libres, sea a través de su uso exclusivo o a través de su uso preferente. Así, el modelo de software libre como regla de uso exclusivo sin excepciones podría ser el más problemático a la luz del artículo 19 número 2, no visualizándose un problema evidente frente a las otras opciones normativas presentadas en este informe. El resto de los modelos sólo responden a una opción gubernamental que no podría calificarse en principio de arbitraria.

En segundo lugar, la norma del artículo 19 número 21 que asegura a todas las personas el derecho a desarrollar cualquier actividad económica. Agrega la norma que el Estado y sus organismos pueden desarrollar también actividades económicas, pero sólo si una ley de quórum calificado los autoriza.⁴² Este artículo será importante para efectos de este informe, toda vez que hay argumentaciones en orden a que si el Estado opta por poner a disposición del público en forma gratuita y libre los desarrollos computacionales hechos en su favor, de alguna manera estaría incidiendo directamente en la industria del software, entrando en el mercado a través de esta disposición abierta o libre.

Sin embargo, desde el punto de vista de la norma constitucional, lo que quiere evitar es que el Estado tenga actividades de tipo empresarial en orden a tener participación en determinadas empresas o bien constituyéndolas. Así, cuando el Instituto Nacional de Estadísticas emite sus informes estadísticos o pone a disposición del público sus bases de datos no interfiere en la industria del comercio derivado del tráfico de datos y estadísticas, misma situación acontece en caso que el Estado decida liberar desarrollos computacionales a través de soluciones libres con la industria nacional del software. Más aún, uno podría sostener que con esto incluso ayudaría a potenciar ciertas áreas de la industria informática, tales como aquellas que entregan soluciones de soporte para empresas privadas y públicas.

⁴² Se denomina “de quórum calificado” ciertas leyes que por su materia requieren de la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio para su establecimiento, modificación o derogación.

En tercer lugar, la norma del artículo 19 número 22, que supone el derecho a no discriminar arbitrariamente en materia económica. Agrega este artículo que en caso de establecerse beneficios directos o indirectos para un sector o actividad económica, estos deben ser contemplados en la ley.

En este contexto, es importante señalar que el principio de no discriminación arbitraria en materia económica es asimilable a la protección que entrega el principio de igualdad general establecido en el numeral 2 del artículo 19, antes analizada. Sin embargo, resulta interesante detenerse en los requisitos para establecer beneficios a favor de un sector o actividad económica. Se entiende por beneficio directo aquellos que implican un desembolso económico por parte del Estado y que naturalmente se ven reflejados en la ley de presupuestos. Por beneficios indirectos, se comprenden mecanismos que no requieren necesariamente desembolso de recursos pero que sí involucran menos ingresos para el fisco, tales como franquicias tributarias a favor de ciertas regiones del país. Dicho esto, no parece fácil sugerir un problema, desde el punto de vista de la aplicación de esta norma, con buena parte de los modelos de adopción de software libre acá presentados, toda vez que son modelos de regulación y no constituyen beneficios económicos como los que regula el numeral 22 del artículo 19 para un tipo particular de industria.

De esta manera, y dando por supuesto que el asunto estará lejos de ser algo pacífico, desde el punto de vista del análisis de las normas constitucionales chilenas no parece haber un conflicto de relevancia con alguna de los modelos normativos analizados en el presente documento, con la sola excepción del modelo de software libre como regla sin excepciones, tal como se analizó anteriormente.

5 Síntesis y Conclusiones Finales

La protección que entrega el derecho de autor supone la titularidad automática y sin formalidades de una serie de derechos, patrimoniales y morales, sobre la creación. En los hechos, ello implica un monopolio en la explotación de los derechos sobre una obra intelectual. De este modo, cualquier adaptación, comunicación, reproducción, ejecución –y arrendamiento, tratándose de software– que se haga de una obra protegida por derecho de autor va a ser considerada ilícita, salvo autorización legal o convencional.

La ley confiere ciertas autorizaciones de uso. En particular debido a la necesidad de equilibrar los intereses que se encuentran en juego en su regulación, es que la ley establece limitaciones a tales derechos. Una de ellas es el carácter temporal de la protección; otro caso son las excepciones, determinados usos que terceros pueden hacer de una obra sin necesidad de requerir autorización previa ni pagar una compensación económica como contrapartida. Es el caso de la copia de respaldo o backup tratándose de los programas computacionales, entre otras. Sin embargo, las excepciones tienen un alcance limitado, que no siempre satisface las aspiraciones del usuario de un programa computacional.

Ante la ausencia de tales excepciones o limitaciones, por lo general, la forma de ejercer alguno de los derechos patrimoniales de autor es a partir de contratos de cesión, en el caso en que quiera verificar un desprendimiento de derechos, o bien un contrato de licencia, en el caso que se quiera permitir algunos usos de la obra sin transferir los derechos sobre ella.

Sobre la base del modelo de licencias, en los últimos años se ha masificado el empleo de sistemas alternativos de licenciamiento, también denominados libre o abiertos –inicialmente concebidos para programas computacionales, hoy para una amplia categoría de obras–, los cuales facilitan la decisión por los propios autores respecto del grado de protección que quieren para sus obras, qué derechos les permitirán ejercer desde ya a los usuarios, y bajo qué condiciones.

Estas soluciones privadas, contractuales, especialmente aquellas aplicadas a software, son de una amplia gama. En este informe hemos revisado las más representativas de ellas, distinguiendo esencialmente entre aquellas que incluyen una cláusula de copyleft o no, esto es, que fuerce a la conformación de bienes públicos.

El afán ha sido poner en evidencia que en lo sustancial ellas se atienen al marco legal vigente, que precisamente admite que mediante contratos el titular de los derechos de autor sobre un software –o un contenido cualquiera– pueda autorizar a terceros a usar su obra. La peculiaridad de estas licencias radica en que permiten un amplio uso de las creaciones, al contrario de lo usualmente previsto en la regulación de los derechos de propiedad intelectual.

La acertada comprensión de las distintas prácticas de licenciamiento y de los matices que existen de una a otra resultará de utilidad a efectos de la elaboración de la guía prevista en el marco de esta consultoría, así como para comprender el alcance de las iniciativas de derecho comparado en relación a la regulación del empleo de software libre por organismos públicos.

En efecto, progresivamente se ha instalado en la agenda pública el tema de la aplicación de software libre por los organismos públicos. Argumentos tales como la optimización de recursos, la autonomía tecnológica, el aporte al desarrollo de la industria local, y la adopción de estándares abiertos confluyen para instar a la toma de decisiones gubernamentales en la materia.

En este orden de consideraciones, es posible disponer de numerosas y diversificadas iniciativas de orden normativo sobre la materia en el derecho comparado. Ellas básicamente oscilan desde las que han pretendido imponer forzosamente su adopción, pasando por las que instan por su uso preferente o acertada consideración, hasta aquellas decisiones que prescinden de tomar una posición, en el entendido que el mercado sabrá resolver el dilema.

Desde una perspectiva normativa, en nuestro caso, la determinación de la naturaleza jurídica de la norma a ser empleada como herramienta de política gubernamental –ley, decreto, simple instructivo u otro– en lo concerniente al software libre dentro del aparato público depende, en último término, del alcance y significado de tal política. De ahí pues la necesidad de adoptar definiciones al respecto, tales como si se ha de forzar o favorecer el uso del software libre, promover su desarrollo o la realización de estudios de incorporación, u otras medidas cualquiera. También es relevante, a estos efectos, establecer el ámbito de aplicación de tales medidas, por ejemplo si se insta por preferir el software libre es necesario definir cuáles serán los organismos públicos comprometidos a ello.

Sólo una vez se disponga de certidumbre respecto de la naturaleza de las medidas que se desean implementar y el ámbito de aplicación que se pretende comprometer, será posible definir el instrumento jurídico apropiado y su contenido, si es del caso.

Con todo, cualquiera sea la determinación, la revisión de las experiencias de derecho comparado sugiere que la sola adopción de una norma en la materia es insuficiente. La naturaleza técnica de las labores asociadas a la efectiva implementación normativa obliga a disponer de alguna institucionalidad, cuya envergadura está naturalmente asociada a la extensión de sus facultades. Se trata de una entidad que, según el modelo de intervención adoptado, podría brindar asistencia técnica a los interesados, garantizar el *enforcement* de las medidas adoptadas, y administrar repositorios de soluciones informáticas, entre otras.

Bibliografía

Daniel ALVAREZ, Alberto CERDA y Rodrigo MOYA, “Propiedad Intelectual y Software. De la posibilidad de Licencias de Código Abierto en la Administración del Estado”, Informe para el Proyecto de Reforma y Modernización del Estado del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Santiago de Chile, 2004.

José Luis BARO RÍOS, “Derribando algunos mitos en torno a la ingeniería inversa de software”, en Alberto Cerda (ed.), “Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor”, ONG Derechos Digitales, Santiago, 2008.

María Paz CANALES LOEBEL y María del Pilar SOFFIA, “Las medidas tecnológicas de protección del derecho de autor: análisis del derecho comparado y bases para una regulación nacional”. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, 2007.

Martín CARRANZA TORRES, “Problemática Jurídica del Software Libre”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.

Alberto CERDA SILVA, “Una aproximación al licenciamiento abierto: software libre, open source y creative commons”, en Memorias IV Congreso Internacional de Derecho, CIDER 2005, Universidad de Aquino, Bolivia, 2005, pp. 19 – 26.

Rod DIXON, “Open Source Software Law”, Artech House Publishers, Boston, 2004.

Stephen FISHMAN, “The public domain: how to find and use copyright-free writings, music, art & more”, 3rd ed., Nolo, Berkeley, 2006.

Brian FITZGERALD et Graham BASSETT (ed.), “Legal Issues Relating to Free and Open Source Software”, Queensland University of Technology, School of Law, Australia, 2003.

Simon St. LAURENT, “Understanding Open Source & Free Software Licensing”, 1st edition, O’Reilly, California, 2004.

Lawrence LIANG, “Guide to open content licenses” v1.2, Piet Zwart Institute, Willem de Kooning Academy Hogeschool, Róterdam, 2004.

Marco MARANDOLA, “¿Un nuevo derecho de autor? Introducción al copyleft, acceso abierto y creative commons”, Madrid, 2005.

Lawrence ROSEN, “Open Source Licensing. Software Freedom and Intellectual Property Law”, 2nd printing, Prentice Hall Professional Technical Reference, New Jersey, 2005.

Claudio RUIZ, “Hacia una dogmática para el acceso en Chile”, en Alberto Cerda (ed.), “Acceso a la cultura y derechos de autor. Excepciones y limitaciones al derecho de autor”, ONG Derechos Digitales, Santiago, 2008.

Richard STALLMAN, “Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard Stallman”, GNU Press, 2002. Trad. “Software Libre para una Sociedad Libre”, Ed. Traficantes de Sueños, 2004.

6 Anexos

Anexo I

Disposiciones de la Ley 17.336 sobre protección de la propiedad intelectual concernientes específicamente a software

Artículo 3° Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley:

16) Los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y manuales de uso.

Artículo 5° Para los efectos de la presente ley, se entenderá por:

t) Programa computacional: conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material.

Copia de programa computacional: soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él.

Artículo 8° Se presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquélla, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquél a quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra.

Tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario.

Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero para ser comercializados por su cuenta y riesgo, se reputarán cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.

Artículo 10.- La protección otorgada por la presente ley dura por toda la vida del autor y se extiende hasta por 70 años más, contados desde la fecha de su fallecimiento. En caso que, al vencimiento de este plazo, existiere cónyuge o hijas solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo, este plazo se extenderá hasta la fecha de fallecimiento del último de los sobrevivientes.

La protección establecida en el inciso anterior, tendrá efecto retroactivo respecto al cónyuge y las referidas hijas del autor.

En el caso previsto en el inciso segundo del artículo 8° y siendo el empleador una persona jurídica, la protección será de 70 años a contar desde la primera publicación.

Artículo 37 bis.- Respecto de los programas computacionales sus autores tendrán el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de dichas obras amparadas por el derecho de autor.

Artículo 45. No serán aplicables a las películas y fotografías publicitarias o propagandísticas las reglas que establecen los artículos 30 y 35.

Asimismo, lo dispuesto en el artículo 37 bis no será aplicable a los programas computacionales, cuando éstos no sean el objeto esencial del arrendamiento

Artículo 47. Para los efectos de la presente ley no se considera comunicación ni ejecución pública de la obra, inclusive tratándose de fonogramas, su utilización dentro del núcleo familiar, en establecimientos educacionales, de beneficencia u otras instituciones similares, siempre que esta utilización se efectúe sin ánimo de lucro. En estos casos no se requiere remunerar al autor, ni obtener su autorización.

Asimismo, para los efectos de la presente ley, la adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor o autorizada por su legítimo dueño, no constituye infracción a sus normas, siempre que la adaptación sea esencial para su uso en un computador determinado y no se la destine a un uso diverso, y la copia sea esencial para su uso en un computador determinado o para fines de archivo o respaldo.

Las adaptaciones obtenidas en la forma señalada no podrán ser transferidas bajo ningún título, sin que medie autorización previa del titular del derecho de autor respectivo; igualmente, las copias obtenidas en la forma indicada no podrán ser transferidas bajo ningún título, salvo que lo sean conjuntamente con el programa computacional que les sirvió de matriz.

Anexo II

Disposiciones del proyecto de ley que modifica la Ley 17.336 sobre protección de la propiedad intelectual concernientes específicamente a software

“Artículo 1°.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la ley N° 17.336:

2) Sustitúyese el inciso tercero del artículo 8°, por el siguiente:

“Respecto de los programas computacionales producidos por encargo de un tercero, se reputarán cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.”.

6) Intercálase, como nuevo Título III, el siguiente, pasando el actual Título III a ser Título IV:

“Título III

Limitaciones y excepciones al Derecho de Autor y a los Derechos Conexos

Artículo 71 O. Las siguientes actividades relativas a programas computacionales están permitidas, sin que se requiera remunerar al titular ni obtener su autorización:

a) La adaptación o copia de un programa computacional efectuada por su tenedor o autorizada por su legítimo dueño, siempre que la adaptación o copia sea esencial para su uso, o para fines de archivo o respaldo y no se utilice para otros fines.

Las adaptaciones obtenidas en la forma señalada no podrán ser transferidas bajo ningún título, sin que medie autorización previa del titular del derecho de autor respectivo; igualmente, las copias obtenidas en la forma indicada no podrán ser transferidas bajo ningún título, salvo que lo sean conjuntamente con el programa computacional que les sirvió de matriz.

b) Las actividades de ingeniería inversa sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional que se realicen con el único propósito de lograr la compatibilidad operativa entre programas computacionales o para fines de investigación y desarrollo.

c) Las actividades que se realicen sobre una copia obtenida legalmente de un programa computacional, con el único propósito de probar, investigar o corregir su funcionamiento o la seguridad del mismo u otros programas, de la red o del computador sobre el que se aplica.

Anexo III

Link hacia licencias de software libre y de código abierto y licencias de contenidos libres o abiertos

Licencia		Link
Artistic License 2.0	Artistic	http://www.perlfoundation.org/artistic_license_2_0
Berkeley Software Distribution	BSD	http://www.opensource.org/licenses/bsd-license.php
Creative Commons Attribution 2.0	CC by	http://creativecommons.org/licenses/by/2.0/legalcode
Creative Commons Attribution-NoDerivs 2.0	CC by-nd	http://creativecommons.org/licenses/by-nd/2.0/legalcode
Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivs 2.0	CC by-nc-nd	http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/legalcode
Creative Commons Attribution-NonCommercial 2.0	CC by-nc	http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.0/legalcode
Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0	CC by-nc-sa	http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/legalcode
Creative Commons Attribution-ShareAlike 2.0	CC by-sa	http://creativecommons.org/licenses/by-sa/2.0/legalcode
European Union Public License v. 1.0	EUPL	http://ec.europa.eu/idabc/en/document/7330
GNU Free Documentation License, Version 1.2	FDL	http://www.fsf.org/licensing/licenses/fdl.html
GNU Lesser General Public License, Version 2.1	LGPL	http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/lgpl-2.1.html

GNU General Public License, Version 2	GPL	http://www.gnu.org/licenses/old-licenses/gpl-2.0.html
MIT License	MIT	http://www.opensource.org/licenses/mit-license.html
Mozilla Public License, Version 1.1	MPL	http://www.mozilla.org/MPL/MPL-1.1.html
Sun Public License	SPL	http://www.netbeans.org/about/legal/spl.html

Anexo IV

Glosario de términos

Common Law: Sistema jurídico anglo norteamericano que se constituye por el conjunto de principios, reglas y tradiciones jurídicas que forman base común del derecho del Reino Unido, Estados Unidos, Canadá y Australia, entre otros países, y que se caracteriza porque su fuente del derecho principal es la jurisprudencia de los tribunales de justicia.

Derecho Comparado: Por derecho comparado se entiende aquella disciplina legal que se basa en la comparativa entre las distintas realidades normativas para los mismos casos planteados. Como metodología utiliza el estudio de las diferencias y similitudes entre el derecho aplicable en distintos países.

Derecho Continental: Sistema jurídico que tiene su origen en la tradición del derecho romano-germánica y que tiene aplicación mayoritaria en Europa y América Latina. Su característica fundamental es que su fuente de derecho principal es la ley, y porque sus normas se encuentran sistematizadas y ordenadas en códigos.

Fair Use: Frase que se traduce literalmente como “uso justo” o “uso razonable” y que identifica a la doctrina de derecho de autor que supone que ciertas utilizaciones de obras intelectuales protegidas por derecho de autor se consideran legítimas, a pesar de no contar con el permiso de su titular de derechos. En general, el fair use provee un marco de excepciones favorable al público final.

Numerus clausus: Locución latina que literalmente se traduce como “número cerrado o limitado”, y que se utiliza regularmente en texto legales para indicar que el número de elementos que se indican se encuentra limitado sólo a ellos y que no acepta otros.