

Aproximación a la validez y obligatoriedad de las licencias de software libre ante el Derecho chileno

Daniel Bravo Silva ([dbraivosilva\(at\)gmail.com](mailto:dbraivosilva(at)gmail.com))

v. 0.21, febrero de 2005

Abstract

The free software, and particularly the GNU/Linux operating system, is a real alternative for its use in servers and for the end users.

Nevertheless, this movement is questioned by the system in which is based, the *copyleft*, that is articulated legally by the calls licenses (of free software), the most common is the GPL.

Here the central problem arises, at least from the point of view of the Law: the validity, obligatory nature and effectiveness of such licenses.

This investigation tries to respond these questions, since the perspective of the chilean Law.

Resumen

El software libre, y en particular el sistema operativo GNU/Linux, es una real alternativa para su uso en servidores y a nivel de escritorio.

Sin embargo, este movimiento es cuestionado por el sistema sobre el que se basa, el *copyleft*, que se articula jurídicamente mediante las llamadas licencias (de software libre), siendo la más común la GPL.

Aquí surge el problema central, al menos desde el punto de vista del Derecho: la validez, obligatoriedad y eficacia de tales licencias.

Esta investigación pretende responder estas inquietudes, desde la perspectiva del Derecho chileno.

© Copyright 2005 Daniel Bravo Silva.

Este documento puede ser copiado y distribuido de acuerdo a los términos de la Licencia de Creative Commons, Attribution-NonCommercial-ShareAlike 2.0 [<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/2.0/>].

Índice

1. Introducción	4
2. Generalidades	5
2.1. ¿Propiedad Intelectual?	5
2.2. Derecho de autor	6
2.2.1. Protección legal	7
2.2.2. Obras protegidas	8
2.2.3. Duración de la protección	9
2.2.4. Autor y titular derecho de autor	9
2.2.4.1. Casos especiales	10
2.2.5. Derechos patrimoniales, morales y conexos	11
2.2.6. Cesión de derechos y autorización	12
2.2.7. Infracciones	13
2.3. Propiedad Industrial	14
2.3.1. Patentes de invención	16
2.3.2. Infracciones	17
2.4. ¿Software?	17
2.4.1. Programas de software libre y software privativo	19
2.4.2. Excepciones al derecho de autor	20
3. Licencia	20
3.1. Concepto	21
3.2. Naturaleza jurídica	21
3.3. Validez y obligatoriedad	22
3.4. Consentimiento	23
3.4.1. Retracción y caducidad	24
3.5. Capacidad	24
4. Contrato de Licencia	25
4.1. Requisitos	25
4.1.1. Consentimiento exento de vicio	25
4.1.2. Objeto lícito	26
4.1.3. Causa lícita	26
4.2. Características	26
4.3. Efectos	28
4.4. Interpretación	28
5. Derechos de los consumidores	29
5.1. Derechos y obligaciones	30
5.1.1. Acciones	31
5.2. Asociaciones de consumidores	32
5.3. ¿Estas normas resultan aplicables a las licencias de software libre?	33
6. Responsabilidad	33
6.1. Responsabilidad contractual y extracontractual	34
6.2. Elementos	35
6.3. Eximentes y atenuantes	36
6.3.1. Cláusulas de exclusión	36
6.3.2. Seguro de responsabilidad	37
6.4. Responsabilidad por el software libre	37
7. Licencia Pública General GNU	39
7.1. Características	39
7.2. Cláusulas	40
8. Infracción de una licencia	46
8.1. Vía constitucional	46
8.1.1. Algunos aspectos procesales	47

8.2. Vía propiedad intelectual	48
8.3. Vía penal	48
8.3.1. Algunos aspectos procesales	49
8.4. Vía civil	50
8.4.1. Algunos aspectos procesales	51
8.5. ¿Y los licenciantes y licenciarios extranjeros?	52
9. Conclusión	53
Referencias	54

1. Introducción.

“... los mayores obstáculos que ha de superar el software libre en un futuro cercano no son problemas técnicos, ni de aceptación, ni tan siquiera económicos. El mayor problema tiene un claro carácter legal”

El software libre¹, y en particular el sistema operativo GNU/Linux, se ha convertido en una alternativa tanto para su uso en servidores como a nivel de escritorio, tal como lo demuestran diversos informes y estudios, junto a los miles de usuarios que lo utilizan. De la misma manera, la filosofía subyacente (basada en la libertad y el trabajo comunitario) ha logrado modificar la visión tradicional acerca de la informática y su función para con la sociedad. Además, se presenta como un interesante modelo de negocios e inversión (piénsese en lo que ha realizado Red Hat Inc., Novell, Inc. e IBM Corporation).

No obstante, los cuestionamientos que ha generado este movimiento están dados por el sistema sobre el cual se basa, el llamado *copyleft*, que busca “que cualquiera que redistribuya el software, con o sin cambios, no podrá restringir a nadie la libertad de copiarlo, redistribuirlo o cambiarlo”².

En general, para hacer un programa *copyleft*, primero se reservan los derechos (es decir, se utiliza la protección otorgada por el derecho de autor) y luego se le añaden los términos de distribución (una licencia), instrumento mediante el cual se busca que todos tengan “los derechos a utilizar, modificar, y redistribuir el código del programa o cualquier programa derivado del mismo, pero solo si los términos de distribución no son cambiados”³. Con ello se busca que el código y las libertades (para ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software)⁴ se hagan legalmente inseparables.

Como se aprecia, el software libre está articulado jurídicamente mediante las llamadas licencias (de software libre), siendo la más común la *GNU General Public License* o *GPL*, que representa aproximadamente el 68,1% del software libre desarrollado⁵.

Aquí surge el problema central, al menos desde el punto de vista del Derecho: la validez, obligatoriedad y eficacia de tales licencias. Dicho de otro modo, las licencias de software libre ¿son legalmente válidas?, ¿obligan sus cláusulas al autor del programa y a los usuarios y/o redistribuidores del mismo? y, en general, ¿tendrán el efecto deseado por sus creadores, en caso de que sea puestas a prueba ante un tribunal de justicia?.

* GONZÁLEZ BARAHONA, Jesús M.: “Las piedras en el camino”, en VV.AA., *Sobre software libre*, junio de 2004, <http://gsyc.escet.urjc.es/~grex/sobre-libre/libro-libre.pdf>, p. 143.

1 El *software libre* es el “software que viene con autorización para que cualquiera pueda usarlo, copiarlo y distribuirlo, ya sea literal o con modificaciones, gratis o mediante una gratificación. En particular, esto significa que el código fuente debe estar disponible. ‘Si no es fuente, no es software’” (FREE SOFTWARE FOUNDATION: *Categorías de Software Libre y No Libre*, <http://www.gnu.org/philosophy/categories.es.html#FreeSoftware>).

2 FREE SOFTWARE FOUNDATION: *Licencias*, <http://www.gnu.org/licenses/licenses.es.html#TOCWhatIsCopyleft>.

3 FREE SOFTWARE FOUNDATION: *Qué es Copyleft?*, <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.es.html#WhatIsCopyleft>.

4 Específicamente son cuatro las libertades que se buscan proteger: la libertad de usar el programa, con cualquier propósito (*libertad 0*); la libertad de estudiar cómo funciona el programa, y adaptarlo a tus necesidades (*libertad 1*). El acceso al código fuente es una condición previa para esto; la libertad de distribuir copias, con lo que puedes ayudar a tu vecino (*libertad 2*); y la libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras a los demás, de modo que toda la comunidad se beneficie. (*libertad 3*). El acceso al código fuente es un requisito previo para esto (FREE SOFTWARE FOUNDATION: *La Definición de Software Libre*, <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.es.html>).

5 Véase <http://freshmeat.net/stats/> (License breakdown).

Esta investigación pretende responder estas inquietudes, desde la perspectiva del Derecho chileno, junto a otras íntimamente ligadas y necesarias para responder a las primeras, tales como la naturaleza jurídica de las licencias, sus efectos y la protección jurídica ante su infracción (junto a algunos aspectos procesales relacionados a ésta).

Para ello se darán algunas nociones sobre propiedad intelectual e industrial y sobre el tema del software ante el Derecho, para luego pasar al *quid* del presente trabajo: las licencias.

Igualmente se tratará el asunto de la responsabilidad por el software y, por su importancia, se hará un breve análisis de las cláusulas de la GPL, en su última versión publicada por la *Free Software Foundation*, o sea, sobre la GPL v2⁶.

2. Generalidades.

Es posible señalar que, entre las normas aplicables a las licencias de software, podemos encontrar a las establecidas en la legislación sobre propiedad intelectual, por ser ese su objeto específico; las del Derecho Civil (y, eventualmente, del Derecho Comercial⁷), por ser éstas declaraciones de voluntad; y las de protección de derechos de los consumidores, ya que los distribuidores de software podrían asumir la calidad de proveedores y los usuarios la de consumidores o usuarios, propiamente tales.

Las primeras son tratadas en este capítulo, por ser especialmente necesarias para entender los temas presentados a continuación. Las demás lo serán, especialmente, en los siguientes capítulos, por estar más relacionadas con las cuestiones allí tratadas.

2.1. ¿Propiedad Intelectual?

De acuerdo al Código Civil, la *propiedad o dominio* “es el derecho real en una cosa *corporal*, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”⁸.

Según la anterior definición, el dominio recae sobre las cosas corporales (“las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa”⁹); sobre las cosas incorporeales (“las que consisten en meros derechos”¹⁰), se expresa que “hay también una especie de propiedad”¹¹. Sin embargo, la doctrina entiende que la propiedad sobre éstas últimas posee iguales atributos y normas aplicables que las corporales, salvo las excepciones legales, derivadas de su propia naturaleza.

En términos generales, se puede decir que la propiedad intelectual es aquella de carácter incorporeal que recae sobre las producciones del talento o del ingenio y regida por leyes especiales.

No obstante, en nuestro Derecho (al igual que en la mayoría de los Derechos de raigambre Continental

6 Si bien se ha anunciado para este año la publicación de la GPL v3, aún se desconoce su texto (al menos borrador), por lo que espero analizar esta última en una próxima oportunidad.

7 Según sea el acto civil o de comercio (o incluso de doble carácter).

8 *Código Civil*, artículo 582, inciso primero. La cursiva es mía.

9 *Ibidem*, artículo 565, inciso segundo.

10 *Ibidem*, artículo 565, inciso final.

11 *Ibidem*, artículo 583.

Europea) se distingue la *propiedad intelectual*, que se refiere al derecho de autor, de la *propiedad industrial*, que comprende las marcas comerciales, las patentes de invención, los modelos de utilidad y los diseños industriales. Mientras a nivel internacional, el concepto de propiedad intelectual, tiende a ser comprensivo de ambas, así por ejemplo, la *Organización Mundial de la Propiedad Intelectual* o *World Intellectual Property Organization* (OMPI o WIPO) “promueve” ambos tipos de propiedad.

2.2. Derecho de autor.

Se entiende por *derecho de autor* el que, por el solo hecho de la creación de obras literarias, artísticas y científicas, adquieren sus autores, comprendiendo los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.

En nuestro sistema, el derecho de autor (al igual que la propiedad industrial) es un derecho fundamental, reconocido en el capítulo III (*De los Derechos y Deberes Constitucionales*) de la *Constitución Política de la República de 1980*, más específicamente, en el artículo 19 N° 25.

Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

25°.- La libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho del autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie, por el tiempo que señale la ley y que no será inferior al de la vida del titular.

El derecho de autor comprende la propiedad de las obras y otros derechos, como la paternidad, la edición y la integridad de la obra, todo ello en conformidad a la ley.

Se garantiza, también, la propiedad industrial sobre las patentes de invención, marcas comerciales, modelos, procesos tecnológicos u otras creaciones análogas, por el tiempo que establezca la ley.

Será aplicable a la propiedad de las creaciones intelectuales y artísticas y a la propiedad industrial lo prescrito en los incisos segundo, tercero, cuarto y quinto del número anterior, y

Por ello, es deber de los órganos del Estado (al igual que para los titulares o integrantes de dichos órganos como para toda persona, institución o grupo) respetar y promover este derecho garantizado por la Constitución, “así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”¹².

La propia Constitución garantiza que sólo la ley puede establecer el modo de adquirirlo, de usar, gozar y disponer de él, pero quedando sujeto “a las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social”¹³, que “comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental”¹⁴.

Asimismo, asegura que nadie puede, en caso alguno, ser privado de este derecho, del bien sobre que

¹² *Constitución Política de la República de Chile de 1980*, artículo 5°, inciso segundo.

¹³ *Ibíd.*, artículo 19 N° 24, inciso segundo.

¹⁴ *Ibíd.*

recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales, “sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador”¹⁵.

El derecho de autor, además de las disposiciones constitucionales, se encuentra normado en dos niveles: en tratados internacionales y en la ley.

Los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes sobre esta materia son, entre otros¹⁶: el *Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, suscrito en París, el 24 de julio de 1971*¹⁷; la *Convención Universal sobre Derecho de Autor*¹⁸; la *Convención Interamericana sobre Derecho de Autor en Obras Literarias, Científicas y Artísticas*¹⁹; el *Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor*²⁰; y el *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC)*²¹.

Legalmente, el derecho de autor, está regulado en Chile por la *Ley N° 17.336, sobre Propiedad Intelectual*, de 2 de octubre de 1970, que ha sido objeto de diversas modificaciones en los últimos años²².

2.2.1. Protección legal.

La protección del derecho de autor “abarca únicamente las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”²³.

No requiere ninguna formalidad, “lo cual significa que la protección no depende del cumplimiento de formalidad alguna, tal como un registro o un depósito de copias”²⁴. Los derechos nacen con la creación de la obra. No es preciso “por lo tanto ninguna inscripción registral para el nacimiento de los derechos de autor y afines. Pero la inscripción se presume cierta, quien alegue que no lo es debe probarlo, y quien tiene algo inscrito a su nombre no necesita probar que es suyo”²⁵.

La Ley N° 17.336 ampara los derechos de todos los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión chilenos y de los extranjeros domiciliados en Chile (los autores apátridas o de nacionalidad indeterminada, para estos efectos, son considerados como nacionales del país donde

15 Ibídem, artículo 19 N° 24, inciso tercero.

16 Como las normas relativas a la propiedad intelectual (en sentido amplio) incluidas en diversos Tratados de Libre Comercio suscritos por nuestro país como, por ejemplo, el capítulo 17 del *Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América y sus Anexos* (Decreto N° 312, de 1 de diciembre de 2003, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 2003).

17 Decreto N° 266, de 3 de abril de 1975, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 5 de junio de 1975. El anterior texto vigente era el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, de 9 de septiembre de 1886, en su texto revisado en Bruselas, el 26 de junio de 1948 (Decreto N° 121, de 15 de febrero de 1973, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 20 de marzo de 1973).

18 Decreto N° 75, de 16 de febrero de 1955, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 26 de julio de 1975.

19 Decreto N° 74, de 16 de febrero de 1955, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 21 de julio de 1955.

20 Decreto N° 270, de 28 de noviembre de 2002, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 7 de marzo de 2003.

21 El Acuerdo sobre los ADPIC es el *Anexo 1C del Acuerdo de Marrakech* (por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, firmado en Marrakech, Marruecos, el 15 de abril de 1994), Decreto N° 16, de 5 de enero de 1995, del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial de 17 de mayo de 1995.

22 Leyes N° 18.443, de 17 de octubre de 1985; N° 18.957, de 5 de marzo de 1990; N° 19.166, de 17 de septiembre de 1992; N° 19.912, de 4 de noviembre de 2003; y N° 19.914, de 19 de noviembre de 2003.

23 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL: “¿Protege el derecho de autor las ideas, los métodos y los conceptos?”, en *Preguntas más frecuentes*, <http://www.wipo.int/copyright/es/faq/index.htm>.

24 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL: “¿Están protegidos los programas informáticos por el derecho de autor?”, en *Preguntas más frecuentes*, <http://www.wipo.int/copyright/es/faq/index.htm>.

25 NONIUS, Jorge: *Introducción a la propiedad intelectual*, versión 0.95, 20 de abril 2002, <http://www.laespinal.org/articulos/propintlect/propintlect.pdf>, p. 43.

tengan establecido su domicilio).

Mientras los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión extranjeros no domiciliados en el país gozan de la protección que le es reconocida por las convenciones internacionales que Chile ha suscrito y ratificado.

Importante es señalar, que los “derechos otorgados por esta ley a los titulares de derechos de autor y conexos, no afectan la protección que les sea reconocida por la Ley de Propiedad Industrial y otras disposiciones legales vigentes”²⁶.

2.2.2. Obras Protegidas.

La ley ha distinguido dos grandes grupos de obras: las *obras del patrimonio cultural común* y las *obras del dominio privado*.

Las *obras del patrimonio cultural común* pueden ser utilizadas por cualquiera, siempre que se respete la paternidad y la integridad de la obra, y el adaptador, traductor o transformador de ellas goza de todos los derechos que la ley otorga sobre su versión (pero no puede oponerse a que otros utilicen la misma obra originaria para producir versiones diferentes).

Pertencen al patrimonio cultura común: las obras cuyo plazo de protección se ha extinguido; las de autor desconocido, incluyéndose las canciones, leyendas, danzas y las expresiones del acervo folklórico; las obras cuyos titulares renunciaron a la protección que otorga la ley; las de autores extranjeros, domiciliados en el exterior que no están protegidos de acuerdo a los tratados internacionales ratificados por Chile; y las obras expropiadas por el Estado (salvo que la ley especifique un beneficiario).

Las *obras del dominio privado*, que están protegidas civil y penalmente por la ley, no pueden ser utilizadas públicamente sin la autorización expresa del titular del derecho de autor.

Pertenece al dominio privado toda obra literaria, artística y científica, no incluida en el patrimonio cultural común, sea ésta *individual* (aquella producida por una sola persona natural), *en colaboración* (aquella producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados) o *colectiva* (aquella producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordina, divulga y publica bajo su nombre); *nominativa, anónima* (aquella en que no se menciona el nombre del autor, por voluntad del mismo, o por ser éste ignorado), o *seudónima* (aquella en que el autor se oculta bajo un seudónimo que no lo identifica); *publicada, inédita* (aquella que no ha sido dada a conocer al público) o *póstuma* (que es aquella que ha sido dada a la publicidad sólo después de la muerte de su autor); *originaria* (aquella que es primigénitamente creada), o *derivada* (aquella que es el resultado de la adaptación, traducción u otra transformación de una obra originaria, siempre que constituya una creación autónoma); y cualquiera que sea su forma de expresión,

La ley, no obstante lo anterior, hace una enumeración no taxativa de las obras especialmente protegidas²⁷,

²⁶ Ley N° 17.336, artículo 89.

²⁷ Véase el artículo 3° de la Ley N° 17.336.

para efectos de su regulación particular (a las no mencionadas, se les aplica las normas de las obras más análogas).

2.2.3. Duración de la protección.

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

Tratándose de programas computacionales, producidos por empleados en el desempeño de sus funciones laborales, y siendo el empleador una persona jurídica, la protección es de 70 años a contar desde la primera publicación.

En caso de obras en colaboración, el plazo de 70 años se cuenta desde la muerte del último coautor. Si un colaborador falleciere intestado sin dejar asignatarios forzosos²⁸, sin perjuicio de los derechos del cónyuge ya mencionados, sus derechos acrecen los del coautor o coautores.

La protección de una obra anónima o seudónima dura 70 años, a contar desde la primera publicación. Si su autor se da a conocer antes, se aplican las reglas generales.

A falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la fecha de creación de la obra, el plazo de protección es de 70 años contados desde el final del año en que fue creada la obra.

La protección concedida por los derechos conexos al derecho de autor tiene una duración de 70 años, contados desde el 31 de diciembre del año de la publicación de los fonogramas respecto de los productores de fonogramas y de 70 años desde la publicación de las interpretaciones o ejecuciones respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes.

A falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la fecha de la fijación de la interpretación o ejecución o fonograma, la protección es de 70 años contados desde el final del año civil en que fue fijada la interpretación o ejecución o fonograma. En el caso de interpretaciones o ejecuciones no fijadas, el plazo de 70 años se cuenta desde la fecha de su realización.

Por último, la protección de las emisiones de los organismos de radiodifusión tiene una duración de 50 años, contados desde el 31 de diciembre del año en que se efectuó la transmisión.

2.2.4. Autor y titular del derecho de autor.

De acuerdo a la ley, sólo corresponde al titular del derecho de autor decidir sobre la divulgación parcial o total de la obra.

¿Quién es titular del derecho de autor? Existen dos clases de titulares del derecho de autor: el original y el

²⁸ Son asignatarios forzosos: los hijos (personalmente o representados por su descendencia); los ascendientes; y el cónyuge sobreviviente.

secundario. Es *titular original* del derecho el *autor de la obra*, mientras que es *titular secundario* del derecho el que lo *adquiera del autor a cualquier título* (gratuito u oneroso).

¿*Quién es autor*? La ley presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquélla, mediante la indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquél a quien, según la respectiva inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual, pertenezca el ejemplar que es registrado.

2.2.4.1. Casos especiales.

Los *menores de edad* pueden ser titulares del derecho de autor y, al igual que los mayores de edad, quedan protegidos por la ley.

Sin embargo, los *impúberes* (es decir, los varones que han cumplido los 14 años y las mujeres que no han cumplido los 12) para ceder su derecho de autor o para autorizar la utilización de sus obras, deben actuar representados por quien ejerza su patria potestad o por su tutor, y los *menores adultos* (o sea, los varones mayores de 14 y menores de 18 años, y las mujeres mayores de 12 y menores de 18 años) lo pueden hacer, previa autorización de sus padres o tutores, o que estos posteriormente ratifiquen el respectivo acto o contrato. Salvo que se entienda que el derecho de autor forma parte, en su caso, del peculio profesional o industrial (que está formado por los bienes adquiridos por el hijo en el ejercicio de todo empleo, oficio, profesión o industria), pues en dicho caso éstos se miran como mayores de edad para la administración y goce de dicho peculio.

Las *obras producidas por funcionarios del Estado, los Municipales, las Corporaciones oficiales, las Instituciones semifiscales o autónomas y las demás personas jurídicas estatales, en el desempeño de sus cargos*, son de titularidad de tales personas jurídicas.

De los *programas computacionales producidos por empleados en el desempeño de sus funciones laborales*, son titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas empleadoras, 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 reputan cedidos a éste los derechos de su autor, salvo estipulación escrita en contrario.

En las *obras colectivas*, se considera autor, salvo pacto en contrario, a la persona natural o jurídica que la edite y divulga bajo su nombre.

De las *obras derivadas*, es sujeto del derecho de autor quien hace la adaptación, traducción o transformación, de la obra originaria protegida *con autorización del titular original*. Con todo, en la publicación de la obra derivada debe figurar el nombre o seudónimo del autor original.

2.2.5. Derechos patrimoniales, morales y conexos.

El *derecho patrimonial* es el que confiere al titular del derecho de autor las facultades de utilizar directa y personalmente la obra, de transferir, total o parcialmente, sus derechos sobre ella y de autorizar su utilización por terceros. Es irrenunciable, pero transferible y transmisible.

De esta manera, sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra²⁹: *publicándola* mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición, y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro; *reproduciéndola* por cualquier procedimiento; *adaptándola* a otro género, o *utilizándola en cualquier otra forma que entrañe una variación*, adaptación o transformación de la obra originaria, *incluida la traducción*; *ejecutándola públicamente* mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizados en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio; o *distribuyéndola al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad* del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada por él o de conformidad con la ley.

Hay que tener presente que, las facultades inherentes al *derecho patrimonial y los beneficios pecuniarios de una obra en colaboración*, corresponden al conjunto de sus coautores, pudiendo cualquiera de los colaboradores exigir la publicación³⁰ de la obra. Aquellos que no estén de acuerdo con que se publique, sólo pueden exigir la exclusión de su nombre, manteniendo sus derechos patrimoniales.

Sin perjuicio de lo antes dicho, es “lícito, sin remunerar u obtener autorización del autor, reproducir en obras de carácter cultural, científico o didáctico, fragmentos de obras ajenas protegidas, siempre que se mencionen su fuente, título y autor”³¹. Esto es lo que se conoce como *derecho de cita*³².

Asimismo, para los efectos de esta 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”³³. Aunque, si bien no se establece expresamente, de acuerdo al contexto de la ley, supone que la obra utilizada debe haberse obtenido legítimamente.

29 “Utilización”, en el contexto de las normas sobre propiedad intelectual, supone cualquiera de las formas o medios señalados. No se restringe al significado común de uso.

30 Publicación de una obra “significa la oferta al público de la obra, interpretación o ejecución fijada o del fonograma, con el consentimiento del titular del derecho, siempre que los ejemplares tangibles se ofrezcan al público en cantidad suficiente” (Ley N° 17.336, artículo 5°, letra o)).

31 Ley N° 17.336, artículo 38.

32 De acuerdo al artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 17.336, fragmento es “la reproducción de un párrafo de una obra literaria manuscrita o dactilográfica que no exceda de 10 (diez) líneas, y siempre que esto se realice con fines culturales, científicos o didácticos, debiendo mencionarse su fuente, título de la obra y nombre del autor. Se entiende con fines culturales, científicos o didácticos toda reproducción sin fines de lucro”.

33 Ley N° 17.336, artículo 47, inciso primero.

El *derecho moral*, cuyo titular exclusivo es el autor de la obra, otorga de por vida las facultades de: reivindicar la paternidad de la obra, asociando a la misma su nombre o seudónimo conocido; oponerse a toda deformación, mutilación, u otra modificación hecha sin su expreso y previo consentimiento; mantener la obra inédita; autorizar a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o del cesionario si los hubiere; y exigir que se respete su voluntad de mantener la obra anónima o seudónima mientras ésta no pertenezca al patrimonio cultural común.

Este derecho es inalienable, aunque es transmisible por causa de muerte al cónyuge sobreviviente y a los sucesores abintestato del autor.

Son *derechos conexos* al derecho de autor los que la ley otorga a los artistas, intérpretes y ejecutantes para permitir o prohibir la difusión de sus producciones y percibir una remuneración por el uso público de las mismas, sin perjuicio de las que corresponden al autor de la obra, y a los organismos de radiodifusión o de televisión para autorizar o prohibir la fijación de sus emisiones y la reproducción de las mismas.

Los titulares de los derechos conexos pueden enajenarlos, total o parcialmente, a cualquier título, y transmitirlos por causa de muerte.

2.2.6. Cesión de derechos y autorización.

La *cesión* es la transferencia total o parcial de los derechos de autor o de derechos conexos, a cualquier título, debe efectuarse por instrumento público o por instrumento privado autorizado ante notario, e inscribirse en el Registro de Propiedad Intelectual dentro del plazo de 60 días, contados desde la fecha de celebración del respectivo acto o contrato.

Se pueden ceder todos o algunos de los derechos de autor y conexos, salvo el derecho moral (pues es inalienable).

Por *autorización* se entiende “el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, *en cualquier forma contractual*, para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece”³⁴. Esta es para nuestro Derecho, por tanto, lo que generalmente se conoce como *licencia*³⁵.

La autorización debe precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. La remuneración que se acuerde no puede ser inferior, en caso alguno, al porcentaje que señala el Reglamento³⁶.

34 Ley N° 17.336, artículo 20. La cursiva es mía.

35 La única vez que la Ley N° 17.336 utiliza el término “licencia” es en el artículo 21, a propósito de la facultad que otorga al propietario, concesionario, usuario, empresario, arrendatario o persona que tenga en explotación cualquier sala de espectáculos, local público o estación radiodifusora o de televisión en que se representen o ejecuten obras teatrales, cinematográficas o piezas musicales, o fonogramas o videogramas que contengan tales obras, de autores nacionales o extranjeros, para obtener la autorización a través de una entidad de gestión colectiva, mediante una “licencia no exclusiva”.

36 Contenido en el Decreto N° 1.122, de 17 de mayo de 1971, del Ministerio de Educación, publicado en el Diario Oficial de 17 de junio de 1971. Nótese lo antiguo que es, de hecho es muy anterior a la incorporación, a la Ley N° 17.336, de las normas sobre los programas computacionales.

El Reglamento establece que la “remuneración mínima que corresponderá percibir a los titulares de los derechos de autor por la autorización para el uso de obras protegidas, serán los porcentajes señalados en los artículos 50°, 53°, 61° y 62° de la ley, *sin perjuicio*

A la persona autorizada no le son reconocidos mayores derechos que aquellos que figuran en la autorización, salvo los inherentes a la misma, según su naturaleza.

2.2.7. Infracciones.

La utilización pública de una obra del dominio privado, sin haber obtenido autorización expresa del titular del derecho de autor, hace incurrir al o los responsables en sanciones civiles y penales.

Así, como regla general, se señala que las *infracciones a la ley* de propiedad intelectual son sancionadas con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales (UTM)³⁷.

También, la Ley N° 17.336, tipifica diversos *delitos contra la propiedad intelectual*. Para estos efectos, los más importantes son los siguientes:

- Los que, *sin estar expresamente facultados para ello, utilicen obras de dominio ajeno* protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en la ley³⁸ (artículo 79, letra a)).
- Los que *falsifiquen obras protegidas por esta ley*, sean literarias, artísticas o científicas, o las *editen, reproduzcan o vendan* ostentando falsamente el nombre del editor autorizado, suprimiendo o cambiando el nombre del autor o el título de la obra, o *alterando maliciosamente su texto* (artículo 79, letra c)).

Ambas figuras están sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días) y multa de 5 a 50 UTM.

- Los que, *en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país*, y los que *adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocassettes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales* (artículo 80, letra b)).

Los autores de este delito son sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 a 540 días), aumentándose en un grado en caso de reincidencia.

- El que *realice cualquiera de las siguientes conductas, sin autorización y a sabiendas que inducirá, permitirá, facilitará u ocultará una infracción* de cualquiera de los derechos de autor o derechos conexos protegidos por esta ley:
 - ◆ *Suprimir o alterar cualquier información sobre la gestión de derechos.*
 - ◆ *Distribuir o importar para su distribución, información sobre la gestión de derechos, sabiendo que la información sobre la gestión de derechos ha sido alterada sin autorización; o*
 - ◆ *Distribuir, importar para su distribución, emitir, comunicar o poner a disposición del público*

de lo acordado contractualmente" (artículo 4°, la cursiva es mía).

37 La unidad tributaria mensual (UTM), en el mes de febrero de 2005, equivale a \$30.277 .

38 Formas y medios que se encuentran mencionados en el artículo 18 de la Ley N° 17.336 [ver sección 2.2.5].

copias de obras o fonogramas, sabiendo que la información sobre la de gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.

Esta figura (artículo 81 ter) es sancionada con con la pena de presidio menor en su grado mínimo (61 a 540 días) o multa de 5 a 100 UTM.

Se entiende legalmente que es *información sobre la gestión de derechos*:

- *La información que identifica a la obra*, a la interpretación o ejecución o al fonograma; *al autor* de la obra, al artista intérprete o ejecutante, o al productor del fonograma; *o al titular de cualquier derecho sobre la obra*, interpretación o ejecución o fonograma;
- *La información sobre los términos y condiciones de utilización de las obras*, interpretación o ejecución o fonograma, y
- *Todo número o código que represente tal información*, cuando cualquiera de estos elementos estén adjuntos a un ejemplar de una obra, interpretación o ejecución o fonograma o figuren en relación con la comunicación o puesta a disposición del público de una obra, interpretación o ejecución o fonograma.

Todos estos delitos *son de acción pública*³⁹, esto es, debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Sin perjuicio de esto, el denunciante tiene “derecho a recibir la mitad de la multa respectiva”⁴⁰.

A su vez, de acuerdo al sistema jurídico nacional, la víctima de un delito (o cuasidelito) puede deducir todas las acciones que tuvieren por objeto perseguir las *responsabilidades civiles* derivadas del hecho punible, es decir, encaminadas a obtener la *reparación* de las consecuencias civiles del delito. Por tanto, todos los responsables penales de infracciones a la ley de propiedad intelectual pueden, además, ser obligados al pago de una *indemnización de perjuicios*.

2.3. Propiedad Industrial.

La *propiedad industrial* se refiere al “conjunto de facultades y atribuciones de orden patrimonial que la ley concede a los creadores de una innovación de carácter industrial (patentes, modelos de utilidad, diseños) y los signos distintivos utilizados por empresas en el tráfico comercial (marcas, nombre comerciales, denominaciones de origen) mediante la concesión de un monopolio de explotación a sus titulares”⁴¹, que implica la “prohibición a terceros de fabricar, ofrecer, importar y/o utilizar un producto que se encuentre protegido, sin autorización de su titular”⁴².

Esta se encuentra regulada, en nuestro sistema, por la *Ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial*, de 25 de enero de 1991.

Para esta norma, los privilegios industriales comprenden las marcas comerciales, las patentes de

39 La Ley N° 17.336 habla de “acción popular para denunciar” (?). Véase el artículo 84.

40 *Ley N° 17.336*, artículo 84.

41 DERECHOS DIGITALES: *¿De qué hablamos cuando hablamos de Propiedad Intelectual?*, 21 de septiembre de 2004, http://www.derechosdigitales.org/ong/ver_articulos_menu.php?id_destaca=6&id_menu=2.

42 *Ibidem*.

invención, los modelos de utilidad, los diseños industriales y otros títulos de protección que la ley puede llegar a establecer.

Cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, puede gozar de los derechos de la propiedad industrial, debiendo obtener previamente el título de protección correspondiente de acuerdo con las disposiciones de la ley. Sin perjuicio que, las personas naturales o jurídicas residentes en el extranjero, para estos efectos, deben designar un apoderado o representante en Chile.

La tramitación de las solicitudes de privilegios industriales, el otorgamiento de los títulos y demás servicios relativos a la propiedad industrial competen al Departamento de Propiedad Industrial, que depende del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

En la denominación de *marca comercial* se comprende “todo signo visible, novedoso y característico que sirva para distinguir productos, servicios o establecimientos industriales o comerciales”⁴³.

Por *patente* se entiende “el derecho exclusivo que concede el Estado para la protección de una invención”⁴⁴.

Como *modelos de utilidad* se consideran “los instrumentos, aparatos, herramientas, dispositivos y objetos o partes de los mismos, en los que la forma sea reivindicable, tanto en su aspecto externo como en su funcionamiento, y siempre que ésta produzca una utilidad, esto es, que aporte a la función a que son destinados un beneficio, ventaja o efecto técnico que antes no tenía”⁴⁵.

Bajo el concepto de *diseño industrial* se comprende “toda forma tridimensional asociada o no con colores, y cualquier artículo industrial o artesanal que sirva de patrón para la fabricación de otras unidades y que se distinga de sus similares, sea por su forma, configuración geométrica, ornamentación o una combinación de éstas, siempre que dichas características le den una apariencia especial perceptible por medio de la vista, de tal manera que resulte una fisonomía original, nueva y diferente”⁴⁶.

Estos derechos de propiedad industrial son transmisibles por causa de muerte y pueden ser objeto de toda clase de actos jurídicos, los que deben constar por escritura pública, y anotarse al margen del registro respectivo. No obstante, tratándose de cesiones de solicitudes de inscripción de privilegios industriales, basta un instrumento privado suscrito ante notario público y no es necesaria su anotación posterior.

De acuerdo a la ley, las concesiones de patentes de invención, modelos de utilidad y de diseños industriales; las inscripciones de marcas comerciales; las renovaciones de registros de marcas; y las inscripciones de transferencias de dominio, licencias de uso, prendas y cambios de nombres y cualquier otro tipo de gravámenes que afectan a una patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial o marca comercial, están sujetas al *pago de un derecho a beneficio fiscal*, fijado en unidades tributarias mensuales, que se acredita ante el Departamento de Propiedad Industrial.

43 Ley N° 19.039, artículo 19, inciso primero.

44 Ibídem, artículo 31, inciso segundo.

45 Ibídem, artículo 51, inciso primero.

46 Ibídem, artículo 62, inciso primero.

2.3.1. Patentes de invención.

Se entiende por *invención* “toda solución a un problema de la técnica que origine un quehacer industrial”⁴⁷, pudiendo ser “un producto o un procedimiento o estar relacionada con ellos”⁴⁸.

Los efectos, obligaciones y limitaciones inherentes a la patente (el título de protección de la invención) están determinados por la ley. El más importante, es que el dueño de una patente de invención goza de exclusividad para producir, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto del invento y, en general, realizar cualquier otro tipo de explotación del mismo. Tal privilegio se extiende a todo el territorio nacional hasta el día en que expire el plazo de concesión de la patente.

Una invención es patentable cuando es *nueva* (cuando no existe con anterioridad en el estado de la técnica), *tenga nivel inventivo* (o sea, si para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente, ella no resulta obvia ni se habría derivado de manera evidente del estado de la técnica) y sea *susceptible de aplicación industrial* (cuando su objeto pueda, en principio, ser producido o utilizado en cualquier tipo de industria, en su más amplio sentido).

La ley *no considera invención*, y deja excluidos de la protección por patente, a:

- Los *descubrimientos*, las *teorías científicas* y los *métodos matemáticos*.
- Las *variedades vegetales* y las *razas animales*.
- Los *sistemas, métodos, principios o planes* económicos, financieros, comerciales de simple verificación y fiscalización; y los referidos a las actividades puramente mentales o intelectuales o a materias de juego.
- Los *métodos de tratamiento quirúrgico o terapéutico* del cuerpo humano o animal, así como los *métodos de diagnóstico* aplicados al cuerpo humano o animal, salvo los productos destinados a poner en práctica uno de estos métodos.
- El *nuevo uso de artículos, objetos o elementos conocidos* y empleados en determinados fines y el cambio de forma, dimensiones, proporciones y materias del objeto solicitado a no ser que modifiquen esencialmente las cualidades de aquél o con su utilización se resuelve un problema técnico que antes no tenía solución equivalente.

Asimismo, establece que no son patentables “los inventos contrarios a la ley; al orden público, a la seguridad del Estado; a la moral y buenas costumbres, y todos aquellos presentados por quien no es su legítimo dueño”⁴⁹.

Las patentes de invención se conceden por un período no renovable de 15 años, y están sujetas al pago de un derecho equivalente a 1 UTM por cada cinco años de concesión del privilegio.

47 *Ibíd*em, artículo 31, inciso primero.

48 *Ibíd*em.

49 *Ibíd*em, artículo 38.

Las patentes que se soliciten en Chile para inventos ya patentados o cuya solicitud se encuentre en trámite en el extranjero, sólo se otorgan por el tiempo que aún falte para expirar el derecho en el país en que se solicitó o se obtuvo la patente, sin que se pueda exceder el plazo de 15 años.

2.3.2. Infracciones.

Las infracciones a la propiedad industrial están consagradas en función de cada privilegio industrial, o sea, para cada uno de ellos se establecen una serie de conductas infraccionales (en algunos casos muy similares entre sí) y cuyo común denominador es la sanción: multa a beneficio fiscal, de 100 a 500 UTM, que en caso de reincidencia puede ser o es, según el caso, el doble de la anterior; y el pago de las costas, daños y perjuicios causados al dueño del privilegio.

Estos delitos son de *acción pública previa instancia particular*, esto es, no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía.

Sobre las patentes de invención (artículo 52) se establecen las siguientes conductas:

- El que *defraudare a otro usando un objeto no patentado, utilizando en dichos objetos las indicaciones correspondientes a una patente de invención, o se valiere de otro engaño semejante.*
- El que *sin la debida autorización fabricare, comercializare o importare con fines de venta, un invento patentado.*
- El que *defraudare haciendo uso de un procedimiento patentado* (salvo que el uso se haga con fines exclusivamente experimentales o docentes).
- El que cometiere *defraudación imitando una invención patentada.*
- El que *maliciosamente imitare o hiciere uso de un invento con solicitud de patente en trámite*, siempre que en definitiva la patente sea otorgada.

Finalmente, respecto a la responsabilidad civil, valga lo ya dicho a propósito de la propiedad intelectual[ver sección 2.2.7].

2.4. ¿Software?

En el ordenamiento jurídico nacional no se habla de *software*, sino de *programa computacional*. Mientras los tratados internacionales, en sus textos en castellano, tienden a utilizar el término *programa de ordenador*.

De acuerdo a la Ley N° 17.336, quedan especialmente protegidos por ella, 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”⁵⁰.

Define, esta norma legal, al *programa computacional*⁵¹ como el “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”⁵². Asimismo, define la *copia de programa computacional* como “soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él”⁵³.

La OMPI “ha definido programa de computación o software como 'un conjunto de instrucciones que, cuando se incorpora en un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consiga una función, tarea o resultados determinados”⁵⁴.

En las décadas de 1970 y 1980 se llevaron a cabo amplios debates para saber si los programas computacionales “debían protegerse mediante el sistema de patentes, el sistema de derecho de autor o un sistema sui generis. Como resultado de estos debates, se llegó a un principio generalmente aceptado, según el cual, los programas informáticos deberían estar protegidos por el derecho de autor, mientras que los aparatos que usaran programas informáticos o inventos relacionados con este tipo de programas deberían estar protegidos por patente”⁵⁵.

Hoy en día la “protección por derecho de autor de los programas informáticos existe en la mayoría de los países y ha quedado armonizada en tratados internacionales a tal efecto. La legislación relativa a la patentabilidad de los programas informáticos no está aún armonizada a escala internacional, si bien ha sido reconocida en algunos países, mientras que en otros, se han preferido enfoques que reconocen las invenciones asistidas por programas informáticos”⁵⁶.

Para algunos el “software constituye una verdadera obra literaria –cuyos lenguaje es el propio de la programación, el código fuente- y su desarrollador o creador es titular”⁵⁷ del derecho de autor.

En esa línea, por ejemplo, el Tratado de la OMPI señala que los “programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna⁵⁸. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión”⁵⁹, y el ADPIC expresa que los “programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos

50 Ley N° 17.336, artículo 3°, número 16).

51 Definición incorporada por la Ley N° 18.957, de 5 de marzo de 1990.

52 Ley N° 17.336, artículo 5°, letra t) inciso primero

53 Ibídem, artículo 5°, letra t) inciso primero

54 CERDA S., Alberto: *Alternativas de licenciamiento de software libre y open source. Análisis Legal*, 12 de octubre de 2004, http://www.derechosdigitales.org/ong/ver_articulos_menu.php?id_destaca=21&id_menu=12.

55 ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE PROPIEDAD INTELECTUAL: (n. 24).

56 Ibídem.

57 CERDA S., Alberto: (n. 54).

58 El artículo 2 del Convenio de Berna establece que los términos *obras literarias y artísticas* comprenden “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”.

59 *Tratado de la OMPI*, artículo 4.

como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)⁶⁰.

Mientras para otros, no es necesario “etiquetar a los programas de ordenador como obras literarias, artísticas o científicas. Puede leerse en tratados internacionales y normas de la Unión Europea que los programas de ordenador han de quedar protegidos como 'obras literarias', por alguna extraña razón; tal vez porque, como no son obras científicas (?) ni artísticas (??), en algún cajón hay que meterlos (???). Al fin y al cabo, el programa fuente viene expresado en lenguaje humano, aunque sea tan poco literario como C++⁶¹. Entre estas obras y los programas computacionales habría “diferencias, y muy notables. Probablemente a causa de que los programas no son en absoluto equivalentes a las obras literarias”⁶².

2.4.1. Programas de software libre y software privativo.

El desarrollo de software privativo (y su modelo de negocios) está reconocido, en cierto sentido, en la Ley Nº 17.366 a propósito de los casos especiales de titulares de derecho de autor [ver sección 2.2.4.1]. Es más, respecto de esto último, sin duda fue redactada pensando en este tipo de software.

Por otro lado, aunque está demás decirlo, el software libre (y su modelo de desarrollo) no está reconocido en la ley. Sin embargo, es posible encuadrarlo en ciertas categorías de obras establecidas en la ley, y de ello sacar un par de conclusiones interesantes.

Las *distribuciones de GNU/Linux*, en sí mismas, son *obras colectivas*, es decir, producidas por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica (Ejemplo: Software In The Public Interest, Inc., en el caso de Debian GNU/Linux; Patrick Volkerding, Slackware Linux; MandrakeSoft S.A., Mandrake Linux, etc.) que la coordina, divulga y publica bajo su nombre (y que es titular del derecho de autor de la distribución como tal). Sin embargo, para incluir una obra protegida en una obra colectiva, se requiere de la autorización de los titulares del derecho de autor de estos y que se respeten sus derechos sobre ellos.

A su vez, los *programas de software libre* que componen las distribuciones, a veces, son *obras individuales*, pero por lo regular tienden a ser *obras en colaboración*, o sea, producidos conjuntamente por dos o más personas naturales y cuyos aportes no puedan ser separados. En este caso, los programadores son coautores y para divulgar y modificar el programa en colaboración es necesario el consentimiento de todos ellos (sin perjuicio de la excepción sobre la publicación [ver sección 2.2.5]). Los derechos de autor pertenecen a cada coautor en la proporción que se pacte, si no se ha pactado, se aplican las reglas generales del Código Civil sobre la comunidad de bienes.

Asimismo, los programas más complejos son, por lo general, *obras colectivas* compuestos por obras individuales o en colaboración (Ejemplo: KDE y GNOME).

60 ADPIC, artículo 10.1.

61 NONIUS, Jorge: *Introducción a las licencias de software libre*, versión 0.92, 16 de abril de 2002, <http://www.laespinal.org/articulos/licencias/licencias.pdf>, p. 3.

62 *Ibidem*.

En el software libre es común encontrarse con *programas derivados* o incluso *distribuciones derivadas*, o sea, que son el resultado de la adaptación, traducción u otra transformación del programa originario, con autorización del titular original, y siempre que constituyan una creación autónoma. La ley protege los derechos de los dos autores: el del programa originario y el del derivado [ver sección 2.2.4.1] .

Por último, es necesario precisar que la *nueva versión* de un programa es una obra derivada. Por ello, si ésta es realizada por el titular del derecho de autor del programa original, los términos y condiciones de utilización (licencias) del original y la nueva versión pueden diferir. Lo mismo sucede si ella es producida por un licenciario (con derecho a adaptar o a transformarlo), salvo pacto en contrario que limite tal posibilidad.

2.4.2. Excepción al derecho de autor.

La ley hace mención a una interesante excepción al derecho de autor relativa al software. Esta expresa que “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”⁶³. Es decir, se autoriza legalmente la modificación “personal” del software, que sea estrictamente necesaria. El gran escollo, que impide ejercer esta facultad habitualmente (al menos, respecto del software privativo), es que éste no suele venir acompañado de su código fuente, indispensable para realizar tal adaptación.

Finalmente, señala la Ley N° 17.336 que 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”⁶⁴.

3. Licencias.

Como bien se ha señalado, en estricto rigor, “lo que diferencia al software libre del resto del software es un aspecto legal: la *licencia*”⁶⁵. Sin perjuicio, que esto haya generado o influido en los métodos de desarrollo (y de negocio).

La legislación sobre derechos de autor, “asegura que *por defecto* no se puede hacer casi nada con una obra”⁶⁶, si el titular del derecho de autor no nos lo permite explícitamente. Y esto se hace, precisamente, mediante una licencia (o autorización, según nuestro Derecho).

63 Ley N° 17.336, artículo 47, inciso segundo.

64 Ley N° 17.336, artículo 47, inciso final.

65 GONZÁLEZ BARAHONA, Jesús, SEOANE PASCUAL, Joaquín y ROBLES Gregorio: *Introducción al software libre*, primera edición, noviembre de 2003, <http://www.uoc.edu/masters/softwarelibre/esp/materials/libre.pdf>, p. 75.

66 *Ibidem*.

3.1. Concepto.

La OMPI, en su Glosario, señala que "se entiende generalmente por licencia la autorización (permiso) concedida por el autor u otro titular del derecho de autor (*licenciante*) al usuario de la obra (*licenciario*) para utilizar ésta en una forma determinada y de conformidad con unas condiciones convenidas entre ambos en el contrato pertinente (acuerdo de licencia)"⁶⁷.

A diferencia de la cesión de derechos, "la licencia no transfiere la titularidad; constituye únicamente un derecho o derechos a utilizar la obra con sujeción al derecho de autor sobre ella, derecho que sigue siendo de la pertenencia del licenciante, si bien queda restringida en función del alcance de la licencia concedida"⁶⁸.

La licencia puede ser *exclusiva* y *no exclusiva*, "en este último caso el titular del derecho de autor puede también conceder legalmente licencias semejantes a otros licenciarios. Frecuentemente el licenciario obtiene asimismo el derecho a explotar la licencia, permitiendo a otras personas utilizarlas a su vez (*sublicencias*)"⁶⁹.

Materialmente "una licencia puede adoptar muchas formas, desde un documento en papel hasta un archivo electrónico de texto, parte de un ejecutable, etc"⁷⁰.

Asimismo, es normal que la licencia contenga cláusulas relativas a otras cuestiones, como garantías, servicios de soporte y post venta, que no tienen ver con la propiedad intelectual.

De acuerdo a la normativa nacional [ver sección 2.2.6] la licencia debe precisar los derechos concedidos al licenciario, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, y el territorio de aplicación. Además, por supuesto, puede incluir cualquier otra cláusula que el titular del derecho de autor estime conveniente.

3.2. Naturaleza jurídica.

La licencia es un *acto jurídico*, es decir, una manifestación de voluntad con la intención de producir efectos jurídicos (crear, modificar o extinguir derechos u obligaciones). Pero ¿de qué clase? Básicamente dos son las posibilidades por las que se han inclinado diversos trabajos⁷¹: una *declaración unilateral* o un *contrato*.

Propiamente la licencia es una *declaración unilateral de voluntad* del titular del derecho de autor respectivo, o sea, es un acto jurídico que resulta de la manifestación de voluntad de una sola parte (se habla de

67 HERRERA SIERPE, Dina: *Propiedad Intelectual, Derechos de Autor: Ley N°. 17.336 y sus modificaciones*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999. La cursiva es mía.

68 *Ibidem*.

69 *Ibidem*. La cursiva es mía.

70 NONIUS, Jorge: (n. 61), p. 18.

71 Véase DEL OLMO NAVIO, María de la Hoz: *La GPL dentro del ordenamiento jurídico español*, III Congreso Hispalinux, noviembre de 2000, <http://es.tldp.org/Presentaciones/200002hispalinux/conf-03/03-html/>; NONIUS, Jorge: *Introducción a las licencias de software libre*, versión 0.92, 16 de abril de 2002, <http://www.laespiral.org/articulos/licencias/licencias.pdf>; ARAGONÉS, Javier: "La GNU GPL en el ordenamiento jurídico español", en *Libro de Ponencias*, Conferencia Internacional de Software Libre (Open Source International Conference), Málaga 2004, <http://www.opensourceworldconference.com/2004/files/Proceedings-Ponencias.zip>; GRANADOS, Palmira: *La GPL dentro del marco jurídico Mexicano*, junio de 2004, http://www.fsl.org.mx/tiki-read_article.php?articleId=17.

partes y no personas, pues una parte puede estar constituida por una o más personas).

A mayor abundamiento, es una declaración “pensada para ser aceptada o rechazada por otros, normalmente quienes van a usar el programa o van a explotarlo de algún modo”, en otras palabras, es jurídicamente una *oferta*.

Es necesario mencionar en este punto, que la doctrina distingue, dentro de los actos jurídicos unilaterales otorgados por varias personas que integran una parte única, el *acto colectivo* (“constituido por dos o más declaraciones de voluntad que, teniendo un mismo contenido y persiguiendo un mismo fin, se suman *sin fundirse* para formar la expresión de voluntad colectiva”⁷² (Ejemplo: los acuerdos de la asamblea de los copropietarios de un edificio o de la junta de accionistas de una sociedad anónima) y el *acto complejo* (constituido por dos o más declaraciones de voluntad que, teniendo un mismo contenido y persiguiendo un mismo fin, se unen y *funden* en una sola manifestación de voluntad para formar la expresión de una voluntad *única y unitaria*”⁷³ (Ejemplo: la declaración concorde de varios comuneros de enajenar la cosa común).

Esta distinción tiene importancia para efectos de los vicios de la voluntad; así el vicio en una de las declaraciones que se funden determina que la declaración unitaria del acto complejo queda también viciada; en cambio, si una declaración para formar el acto colectivo está viciada, el vicio no se propaga a la declaración colectiva).

Por lo anterior, la licencia, en caso de programas en colaboración, es un acto complejo y tratándose de programas colectivos es, según el caso, un acto unilateral otorgado por una sola parte, constituida por una sola persona, o un acto colectivo.

3.3. Validez y obligatoriedad.

La simple declaración unilateral, de acuerdo a la actual doctrina es válida. En ella “encontramos como nota su obligatoriedad”⁷⁴, aunque no ha intervenido aceptación definitiva por parte del destinatario o del interesado a quien esta favorece.

No obstante, siendo fuente de obligaciones, “ha de tener un tipo dado al cual la ley le otorga tal efecto”⁷⁵, como sucede con los títulos de crédito (Ejemplo: el pagaré⁷⁶). La declaración como tal “prácticamente no tiene ningún valor legal”⁷⁷, solo lo adquiere cuando otra persona acepta sus términos.

Si la licencia se rechaza, o no se acepta, simplemente ésta no llega a tener efecto, y probablemente el autor del programa no autorizará su utilización (Ejemplo: no permitirá su instalación) o, en su defecto, sólo será

72 ALESSANDRI RODRIGUEZ, ARTURO, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H., Antonio: *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*, vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998, p. 175.

73 *Ibidem*, p. 178.

74 FUEYO LANERI, Fernando: “La promesa de contrato puede ser unilateral o bilateral”, en *La Promesa Ante el Derecho y la Jurisprudencia* (Hübner G., Ana María y Vergara, Sofía), Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 1993, p. 519.

75 *Ibidem*.

76 La *Ley Nº 18.092, sobre letra de cambio y pagaré*, no define el concepto de pagaré y se limita a señalar el contenido formal del documento como asimismo sus requisitos de fondo. Sin embargo, se le define doctrinalmente como “un título de crédito que contiene la declaración unilateral de una persona que se obliga a pagar una determinada o determinable cantidad de dinero. Es un efecto de comercio que no requiere de otro acto jurídico que la declaración instrumental del suscriptor que confiesa adeudar y se obliga a pagar” (VIADA LOZANO, Alberto y GALLARDO GONZÁLEZ, Marcia: *Curso de Derecho Comercial I*, Quinta Parte, no publicados).

77 NONIUS, Jorge: (n. 61), p. 18.

aplicable lo establecido en las normas sobre propiedad intelectual.

En cambio, si ésta es aceptada, entonces “deja de ser una declaración unilateral y se convierte en un negocio bilateral, entre licenciante (el autor o el titular de los derechos de autor) y licenciario (quien va a usar o explotar el software)”⁷⁸.

3.4. Consentimiento.

Se ha admitido, por lo general, que el fundamento del contrato es la voluntad de quienes concurren a él. “Por desdibujada que se encuentre esta idea, que es posible denominar del contrato como consentimiento, suele pensarse que allí donde no hay voluntad, no existe contrato”⁷⁹, es necesario analizar ciertos aspectos de la formación del consentimiento en los *contratos de licencia*.

El consentimiento “que basta por sí solo para la formación de los contratos consensuales, ha sido definido como el encuentro de dos declaraciones de voluntad que, emitidas por dos sujetos diversos, se dirigen a un fin común y se funden”⁸⁰. Está integrado por “dos actos sucesivos y siempre copulativos: la *oferta* y la *aceptación*”⁸¹.

La *oferta* es el acto “por el cual una persona propone a otra la celebración de un contrato en términos tales que, para que éste quede perfecto, basta con que el destinatario de la oferta simplemente la acepte”⁸².

Las licencias son, por lo general, ofertas *escritas* y *expresas* (es decir, que explícita y directamente revelan el deseo de contratar), aunque hay casos en que son de carácter *tácito*, como sucede con los llamados *browse-wrap contract*. Igualmente, son efectuadas *a persona indeterminada*, o sea, dirigidas “al público en general, y no a una persona en particular, y en términos tales que cualquiera puede aceptarla, y el que la acepte tendrá derecho a exigir el cumplimiento del contrato”⁸³.

La *aceptación*, a su vez, es el acto “por el cual la persona a quien va dirigida la oferta manifiesta su conformidad con ella”⁸⁴. Esta puede ser expresa o *tácita* (ambas producen los mismos efectos) y, en general de formas muy variadas, “las hay muy rebuscadas, incluso puede encontrarse algunas definitivamente abusivas para el usuario”⁸⁵, entre ellas encontramos: realizar actos permitidos por la licencia; pulsar “aceptar” a la licencia que se despliega una vez que se intenta instalar el programa y que bloquea su acceso mientras no se haga tal acto (forma de *click-wrap contract*); el hecho de romper el envoltorio del paquete de CDs (forma de *shrink-wrap contract*⁸⁶), etc.

En fin, como puede apreciarse, no hace falta una declaración por escrito, firmada y fechada, para aceptar una licencia. No obstante, el *mero silencio* de la parte a quien va dirigida la propuesta no importa aceptación *tácita*,

78 *Ibídem*.

79 DE LA MAZA, Iñigo: *Los límites del Consentimiento*, http://www.lexisnexis.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_1%C3%B1igodelaMaza.asp.

80 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H., Antonio: (n. 72), p. 204.

81 *Ibídem*. La cursiva es mía.

82 *Ibídem*.

83 *Ibídem*, p. 206.

84 *Ibídem*, p. 207.

85 NONIUS, Jorge: (n. 61), p. 24.

86 Más sobre los *shrink-wrap*, *click-wrap* y *browse-wrap contracts*, en DE LA MAZA, Iñigo: (n. 79).

salvo que sea circunstanciado, ya que en nuestro Derecho el silencio no se considera como manifestación de voluntad ni como fuente de obligaciones, salvo los casos en que la ley le otorgue expresamente tal efecto (Ejemplo: artículo 2125, inciso primero, del Código Civil, a propósito de ciertas profesionales que se encargan de negocios ajenos).

Por otro lado, la aceptación necesariamente debe ser *pura y simple* (o sea, la que implica adhesión a la oferta en los mismos términos en que ésta fue formulada), pues una aceptación condicional importa una nueva propuesta u oferta.

3.4.1. Retracción y caducidad.

Un aspecto importante, en este punto, es la vigencia de la oferta, debido a que la aceptación debe darse *mientras la oferta esté vigente*. La oferta puede dejar de estar vigente por dos causas: la *retractación* y la *caducidad*.

La *retractación* se produce cuando el proponente revoca la oferta o la deja sin efecto y, a su vez, la *caducidad* se produce cuando el proponente muere o se incapacita legalmente.

Ambas “obstan a la formación del contrato si se producen antes que se manifieste la aceptación”⁸⁷. Sin embargo, en caso de una retractación oportuna o tempestiva (es decir, antes de la aceptación), la ley impone al oferente la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que hubiere sufrido el destinatario⁸⁸ (salvo que el proponente cumpla el contrato propuesto, en cuyo caso se exonera de indemnizar).

Todo esto genera la siguiente consecuencia: el autor, que decide otorgar su programa bajo una determinada licencia, puede retractarse antes de la aceptación por parte de los usuarios (sin perjuicio, de las indemnizaciones a que pueda quedar obligado), pero debe cumplir los contratos generados con quienes aceptaron, con anterioridad a su retractación.

3.5. Capacidad.

Para que la oferta como la aceptación sean válidas, es necesario que la persona que la efectúa sea *legalmente capaz*.

La *capacidad legal* de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra. La regla general, es que todas las personas son legalmente capaces, salvo las que la ley declara incapaces.

El Código Civil señala que son *absolutamente incapaces*, o sea, que deben actuar representados o de lo contrario sus actos no producen obligaciones: los *dementes*; los *impúberes* (los varones que han cumplido los 14 años y las mujeres que no han cumplido los 12), y los *sordos o sordomudos que no pueden darse a entender*

87 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H., Antonio: (n. 72), p. 208.

88 Esta sería una especie de responsabilidad precontractual.

claramente.

Por otro lado, son *relativamente incapaces*, es decir, que sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por la ley: los *menores adultos* (varones mayores de 14 y menores de 18 años, y las mujeres mayores de 12 y menores de 18 años) y los *disipadores que se hallen bajo interdicción de administrar lo suyo*.

Por lo anterior, los incapaces absolutos, por sí mismos, no pueden ser oferentes de una licencia ni pueden aceptar la que otro les proponga. Requieren necesariamente ser representados por quien ejerza su patria potestad, por su tutor o por su curador, según sea el caso.

A su vez, los incapaces relativos (menores adultos) pueden ser oferentes de una licencia o aceptar la que otro les proponga si están autorizados por quien ejerza su patria potestad o por su curador, según el caso, o que estos ratifiquen el acto realizado por aquellos.

4. Contrato de Licencia.

La licencia al tener aceptación por parte de los usuarios (licenciatarios), “se convierte en un contrato, y por lo tanto se aplican las disposiciones contractuales”⁸⁹ [ver sección 3.3].

Para nuestro Derecho, contrato es un “acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁹⁰. También se acostumbra a definirlo como una convención generadora de obligaciones.

4.1. Requisitos.

Para que una persona se obligue a otra es necesario que sea *legalmente capaz*; que *consienta* en dicho acto y su *consentimiento no adolezca de vicio*; que recaiga sobre un *objeto lícito*; y que tenga una *causa lícita*.

La capacidad y la expresión del consentimiento ya fue visto [ver sección 3.5 y 3.4]. Ahora trataré el resto de los requisitos.

4.1.1. Consentimiento exento de vicio.

Este tema, dentro de la teoría general del acto jurídico es muy amplio, y excede el objeto de este trabajo, por ello me limitaré a mencionar los vicios del consentimiento.

Los vicios que puede adolecer el consentimiento son el *error*, la *fuerza* y el *dolo*.

El error puede ser sobre un punto derecho o de hecho, pero sólo el *error de hecho* puede llegar a viciar el consentimiento.

La *fuerza* vicia el consentimiento si es injusta, grave y determinante para la obtención del consentimiento,

89 GRANADOS, Palmira: *La GPL dentro del marco jurídico Mexicano*, junio de 2004, http://www.fsl.org.mx/tiki-read_article.php?articleId=17.

90 *Código Civil*, artículo 1438.

aunque no es necesario que la ejerza aquel que es beneficiado por ella.

Por último, el *dolo* consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro y vicia el consentimiento cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no se hubiera contratado.

4.1.2. Objeto lícito.

El *objeto* es aquello sobre lo que las partes se proponen contratar, o sea, la una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. Para ser *lícito* debe ser existir (o esperarse que exista), ser comerciable, (física y moralmente) posible y determinado⁹¹.

El objeto del contrato de licencia es el otorgamiento de una autorización para utilizar un programa de dominio privado, por alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece. Por tanto, cumple con los requisitos de un objeto lícito.

4.1.3. Causa lícita.

Se entiende por *causa* el motivo que induce al acto o contrato. Es causa *ilícita* la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

No puede haber obligación sin una causa real y lícita, pero no es necesaria expresarla. La *pura liberalidad o beneficencia* es causa suficiente.

Por esto último, (la liberalidad) la licencia de software libre posee una causa lícita (piénsese en la GPL y la cuatro libertades que otorga⁹²). Esto se entenderá a continuación, cuando señale las características de este contrato.

4.2. Características.

El contrato de licencia es *principal* ya que subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención y es *consensual*, no requiere la observancia de ciertas formalidades especiales establecidas por ley, pues se perfecciona por el solo consentimiento.

Asimismo, es un contrato *de adhesión*, pues sus cláusulas han sido propuestas unilateralmente por uno de los contratantes sin que el otro, para celebrarlo, haya podido alterar su contenido o, en otras palabras, una de las partes formuló las condiciones del contrato y la otra se limitó a prestar su aprobación o adhesión a dichas condiciones en bloque (no pudo negociarlas).

91 El Código Civil señala que hay objeto ilícito: en todo lo que contraviene el derecho público chileno; en la enajenación de las cosas intransferibles, de los derechos personalísimos (que no pueden transferirse a otra persona), de las cosas embargadas (sin autorización del juez o consentimiento del acreedor) y de los objetos litigiosos (sin permiso del juez); y generalmente en todo contrato prohibido por las leyes.

92 Véase n. 4.

Igualmente, considerando que “el autor oferente no recibe ninguna contraprestación y la causa del contrato es la liberalidad”⁹³, es un contrato *gratuito* o *de beneficencia*, o sea, que “sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen”⁹⁴.

Dentro de los contratos gratuitos regulados por el Código Civil encontramos a la *donación entre vivos*, “acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra, que la acepta”⁹⁵, pero el encaje en dicha figura hay que descartarlo “pues en la licencia falta uno de los requisitos establecidos para la existencia de la donación: la disminución del patrimonio del donante”⁹⁶. Además, por lo general, la donación entre vivos requiere de un trámite judicial llamado insinuación.

En la legislación civil existe otro contrato gratuito regulado, que a priori podría encuadrar con la licencia, el llamado *comodato* o *préstamo de uso*, “contrato en que una de las partes entrega a otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo a restituir la misma especie después de terminado el uso”⁹⁷. Pero no resulta aplicable, pues se trata de un contrato real y unilateral (que necesitan la entrega de la cosa a que se refiere para su perfeccionamiento, y obligan a una de las partes para con otra que no contrae obligación alguna, respectivamente), características que no reúnen las licencias.

Existen otros contratos gratuitos, pero estos no se asemejan lo suficiente, como para mencionarlos, o lisa y llanamente no se acercan en lo más mínimo a éstas.

Por lo anterior, se concluye que la licencia es un contrato *innominado*, es decir, “no regulado o configurado específicamente por la ley; ésta no le ha trazado su figura propia”⁹⁸. Estos (los contratos innominados) conforme al principio de autonomía de la voluntad tienen pleno valor, siempre que cumplan con las normas generales de los actos y declaraciones de voluntad y no se opongan al orden público.

Sobre esto último cabe destacar una sentencia de la Corte Suprema (de 28 de diciembre de 1921), que señala: “Deben calificarse de innominados los contratos no comprendidos en los que se hallan especialmente definidos por la ley y sujetos a sus reglas especiales... Dentro del principio de la libertad de las convenciones nada se opone al valor y eficacia de los contratos que revisten la condición de innominados mientras no pugnen con los preceptos jurídicos de orden público, que corresponden a los actos y declaraciones de voluntad y a las prescripciones generales que reglan toda clase de contratos”⁹⁹. Está demás decir que, a partir de lo hasta aquí expuesto, las licencias de software libre cumplen con estas exigencias.

Por último, la licencia es un contrato *bilateral*, pues “las partes contratantes se obligan recíprocamente” (en términos simples, uno a entregar un programa y su código fuente y autorizar su utilización, y el otro a utilizarlo de acuerdo a las condiciones expresadas). Aquí no se atiende al número de obligaciones que se originan, sino a la

93 ARAGONÉS, Javier: “La GNU GPL en el ordenamiento jurídico español”, en *Libro de Ponencias*, Conferencia Internacional de Software Libre (Open Source International Conference), Málaga 2004, <http://www.opensourceworldconference.com/2004/files/Proceedings-Ponencias.zip>, p. 77.

94 *Código Civil*, artículo 1440.

95 *Ibidem*, artículo 1386.

96 ARAGONÉS, Javier: (n. 93).

97 *Código Civil*, artículo 2174, inciso primero.

98 ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H., Antonio: (n. 72), p. 183.

99 *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 21, secc. 1ª, p. 391, citada por ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H., Antonio: (n. 72), p. 185.

circunstancia que se obliga una parte o ambas¹⁰⁰.

4.3. Efectos.

La licencia como contrato (consensual, principal, bilateral, gratuito, de adhesión e innominado) válido y perfecto, produce los efectos comunes de todos los contratos.

Arranca su fuerza obligatoria de la voluntad de las partes, por consiguiente sus efectos quedan limitados o circunscritos, en general, a las personas que consintieron.

El primero de ellos por cierto es que “legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”¹⁰¹.

Asimismo, debe “ejecutarse de buena fe”, que significa que debe cumplirse conforme a la intención de las partes y a las finalidades que se han propuesto al contratar. La buena fe en materia contractual implica que el contrato no sólo obliga a aquello que fue materia de una expresa estipulación. Por consiguiente, sin que sea necesario un expreso acuerdo de voluntades, se entienden incluidas “todas las cosas que emanan de precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”¹⁰².

Además, se incorporan a él, las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo las leyes procesales y las que establecen sanciones para el caso de infracción¹⁰³.

4.4. Interpretación.

La interpretación de un contrato, o sea, el método para determinar el verdadero sentido y alcance de sus estipulaciones, tiene lugar cuando los términos que las partes han utilizado son oscuros o ambiguos; cuando a pesar de su claridad, son incompatibles con la naturaleza del contrato o con la evidente intención de las partes; o cuando la comparación de las diversas cláusulas, consideradas en su conjunto, hace surgir dudas acerca de su particular alcance.

Para orientar esta labor, la ley ha establecido un serie de reglas de interpretación de los contratos en los artículos 1560 a 1566 del Código Civil.

La regla general señala que, conocida claramente la voluntad real de los contratantes, “debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”¹⁰⁴. Asimismo, siempre que no apareciere voluntad contraria, debe buscarse la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato.

Las cláusulas del contrato han de interpretarse unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, ya que el contrato constituye un todo indivisible. También pueden

100 La “clasificación de los contratos en uni y bilaterales se hace atendiendo al número de partes que resultan *obligadas*, mientras que la clasificación de los actos considera el número de partes que intervienen para la *formación* de los mismos” (ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel y VODANOVIC H., Antonio: (n. 72), p. 177).

101 *Código Civil*, artículo 1545.

102 *Ibidem*, artículo 1546.

103 Véase el artículos 22 de la Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861.

104 *Código Civil*, artículo 1560.

interpretarse éstas por las cláusulas de otro contrato, entre las mismas partes y sobre la misma materia, o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra.

Respecto de las cláusulas en particular, se establece que las “cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”¹⁰⁵ y que el “sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”¹⁰⁶, pues es razonable suponer que no se ha querido insertar en el contrato cláusulas inútiles o carentes de sentido .

Cuando se ha expresado un caso para explicar el alcance de una obligación, no se entiende haberse querido restringir la convención a tal caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda.

Por último, no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas anteriores, se interpretan las cláusulas ambiguas a favor del deudor (es decir, quien debe cumplir la obligación). No obstante, las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora (la titular del derecho) o deudora, se interpretan contra ella, siempre que la ambigüedad proviene de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

5. Derechos de los consumidores

En ciertos casos, respecto del contrato de licencia, podrían resultar aplicables las normas sobre derechos de los consumidores. Estas se encuentran contenidas en la *Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de derechos de los consumidores*, de 7 de marzo de 1997.

Esta ley tiene por objeto normar las relaciones entre proveedores y consumidores, establecer las infracciones en perjuicio del consumidor y señalar el procedimiento aplicable a estas materias.

Así, para estos efectos, se entiende por *consumidores* o *usuarios* a “las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico *oneroso*, adquieren, utilizan, o disfrutan, como destinatarios finales, bienes o servicios”¹⁰⁷. Siendo requisito indispensable que el acto sea oneroso (Ejemplo: compra de un producto o adquisición de un servicio remunerado).

A su vez define a los *proveedores* como “las personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, que *habitualmente* desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por las *que se cobre precio y tarifa*”¹⁰⁸. Es requisito, por tanto, la habitualidad en la actividad y el cobro de un precio o tarifa por los bienes y servicios.

Es necesario tener presente que quedan sujetos a las disposiciones de esta ley, entre otros, “los actos jurídicos que, de conformidad a preceptuado por el Código de Comercio u otras disposiciones legales, tengan el carácter de mercantiles, para el proveedor y civiles para el consumidor”¹⁰⁹.

105Ibídem, artículo 1563, inciso segundo.

106Ibídem, artículo 1562.

107Ley N° 19.496, artículo 1° N° 1.

108Ibídem, artículo 1° N° 2.

109Ibídem, artículo 2°, letra a).

No obstante lo anterior, las normas de esta ley no son aplicables a las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios regulados por leyes especiales, salvo en las materias que estas últimas no prevean y a los procedimientos.

Pero qué actos de comercio pueden tener importancia aquí. Se pueden mencionar los siguientes:

- La *compra y permuta de cosas muebles, hechas con ánimo de venderlas, permutarlas* o arrendarlas en la misma forma o en otra distinta, y la *venta, permuta* o arrendamiento *de estas mismas cosas*.
- Las empresas de *almacenes, tiendas y otros establecimientos semejantes*.
- Las empresas de *provisiones* o *suministros*.

En otras palabras, a modo de ejemplo, serán aplicables las normas de la Ley N° 19.496 las ventas (precedidas de compras con tal intención), realizadas habitualmente por personas naturales o jurídicas, las ventas realizadas por tiendas, almacenes y otros establecimientos semejantes, y las realizadas por empresas de provisiones o suministros¹¹⁰.

5.1. Derechos y obligaciones.

Son derechos y deberes básicos del consumidor:

- La libre elección del bien o servicio;
- El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos;
- El no ser discriminado arbitrariamente por parte de proveedores de bienes y servicios;
- La seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles;
- La *reparación e indemnización adecuada y oportuna* de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento a lo dispuesto en esta ley, y el *deber de accionar de acuerdo a los medios que la ley le franquea*, y
- La educación para un consumo responsable, y el deber de celebrar operaciones de consumo con el comercio establecido.

Los derechos establecidos por la Ley N° 19.496 son irrenunciables anticipadamente por los consumidores.

A su vez, todo proveedor está obligado a *respetar los términos, condiciones y modalidades* conforme a las cuales se hubiere ofrecido o convenido con el consumidor la entrega del bien o la prestación del servicio.

5.1.1. Acciones.

Las acciones que derivan de la Ley N° 19.496, se ejercerán frente a actos o conductas que afectan el

¹¹⁰Las realizadas por empresas presuponen cierta habitualidad inherente en la actividad.

ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.

El incumplimiento de la ley da derecho a acciones para:

- *Sancionar al proveedor que incurra en infracción.*

Comete infracción a las disposiciones a esta ley, por ejemplo, el proveedor que, en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, actuando con negligencia, causa menoscabo al consumidor debido a fallas o deficiencias en la calidad, cantidad, identidad, sustancia, procedencia, seguridad, peso o medida del respectivo bien o servicio.

Por regla general, las infracciones a la Ley N° 19.496 son sancionadas con multa de hasta 50 UTM (salvo los casos en que estuviere señalada una sanción diferente).

El juez, en caso de reincidencia, puede elevar la multa al doble. Para estos efectos, se considera reincidente “al proveedor que es sancionado por infracciones a esta ley dos veces o más dentro del mismo año calendario”¹¹¹.

Para aplicación de multas, el tribunal debe tener especialmente en cuenta la cuantía de lo disputado, el grado de negligencia del infractor, la gravedad del daño causado, el riesgo en que queda expuesta la víctima o la comunidad y la situación económica del infractor.

Las acciones que persiguen la responsabilidad contravencional que se sanciona por la Ley N° 19.496 prescriben en el plazo de 6 meses, contados desde que se ha incurrido en la infracción respectiva.

- *Obtener la presentación de la obligación incumplida y la indemnización de perjuicios o reparación que corresponda.*

El consumidor tiene derecho, sin perjuicio de la indemnización por los daños ocasionados, a optar entre la *reparación* o la *devolución de la cantidad pagada*, entre otros casos: cuando cualquier *producto, por deficiencias* de fabricación, elaboración, materiales, partes, piezas, elementos, sustancias, ingredientes, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, *no sea enteramente apto para el uso o consumo* al que está destinado o al que el proveedor hubiese señalado en su publicidad; y cuando la cosa objeto del contrato *tenga defectos o vicios ocultos que imposibilitan el uso* a que habitualmente se destina.

El ejercicio de estos derechos debe hacerse efectivo ante el vendedor dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que se haya recibido el producto, siempre que éste no se hubiere deteriorado por hecho imputable al consumidor. Si el producto se hubiere vendido con determinada garantía, prevalecerá el plazo por el cual ésta se extendió, si fuere mayor.

Estas acciones podrán hacerse valer, asimismo, indistintamente en contra del fabricante o el importador, en caso de ausencia del vendedor por quiebra, término de giro u otra circunstancia semejante. Tratándose de la devolución de la cantidad pagada, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor, no obstante, si el consumidor ha optado por la reparación, podrá dirigirse, indistinta o conjuntamente, al vendedor, al fabricante o al importador (hecha la opción, el requerido no puede derivar el reclamo).

¹¹¹ Ley N° 19.496, artículo 24, inciso tercero.

Para ejercer estas acciones, es necesario que el consumidor acredite el acto o contrato con la documentación respectiva.

- *Anular las cláusulas abusivas en contratos de adhesión.*

Para esta ley, contrato de adhesión es “aquel cuyas cláusulas han sido propuestas unilateralmente por el proveedor sin que el consumidor, para celebrarlo, pueda alterar su contenido”¹¹². Definición que concuerda con la mencionada (salvo por las partes involucradas [ver sección 4.2]) y, por tanto, para la Ley N° 19.496 el contrato de licencia sería de adhesión (si las partes tienen la calidad de proveedor y consumidor).

Es importante destacar que los *contratos de adhesión relativos a las actividades regidas por la Ley N° 19.496* deben “estar escritos de modo legible y en idioma castellano, salvo aquellas palabras de otro idioma que el uso haya incorporado al léxico”¹¹³. De lo contrario, tales cláusulas no producen efecto alguno respecto del consumidor.

No obstante, tienen validez “los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su *firma en un documento escrito en idioma castellano* anexo al contrato, y que quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano”¹¹⁴, al que se ha de estarse, en caso de dudas, para todos los efectos legales.

Esta ley establece que no producen efecto alguno en los contratos de adhesión las cláusulas o estipulaciones que contengan *limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor* que puedan privar a éste de su derecho a resarcimiento frente a deficiencias que afecten la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio.

Estas acciones, en general, pueden ser ejercidas a *título individual* (como defensa de los derechos del consumidor afectado), *de interés colectivo* (promovidas en defensa de derechos comunes a un conjunto determinado o determinable de consumidores, ligados con un proveedor por un vínculo contractual) o *de interés difuso* (promovidas en defensa de un conjunto indeterminado de consumidores afectados en sus derechos).

5.2. Asociaciones de consumidores.

La *Asociación de consumidores* se define como “la organización constituida por personas naturales o jurídicas, independientes de todo interés económico, comercial o político, cuyo objetivo sea proteger, informar y educar a los consumidores y asumir la representación y defensa de los derechos de su afiliados que así lo soliciten, todo ello con independencia de cualquier otro interés”¹¹⁵.

Estas organizaciones, que se rigen por la Ley N° 19.496 y, en lo no previsto, por el Decreto Ley N° 2.757 de 1979 (que establece Normas sobre Asociaciones Gremiales), sólo pueden ejercer las siguientes funciones:

112Ibídem, artículo 1° N° 6.

113Ibídem, artículo 17, inciso primero. La cursiva es mía.

114Ibídem, artículo 17, inciso tercero. La cursiva es mía.

115Ibídem, artículo 5°.

- Difundir el conocimiento de las disposiciones de esta ley y sus regulaciones complementarias.
- Informar, orientar y educar a los consumidores para el adecuado ejercicio de sus derechos y brindarles asesoría cuando la requieran.
- Estudiar y proponer medidas encaminadas a la protección de los derechos de los consumidores y efectuar o apoyar investigaciones en el área del consumo.
- *Representar tanto el interés individual, como el interés colectivo y difuso de los consumidores, ante las autoridades jurisdiccionales y administrativas, mediante el ejercicio de las acciones y recursos que procedan.*
- Participan en los procesos de fijación de tarifas de los servicios básicos domiciliarios.

5.3. ¿Estas normas resultan aplicables a las licencias de software libre?

Previamente hay que distinguir dos situaciones: un programa bajo una licencia de software libre y distribuido gratuitamente, de un programa bajo una licencia de software libre y distribuido mediante un precio o tarifa.

Obviamente, en el primer caso no es posible la aplicación de las normas de protección de los derechos de los consumidores, por el carácter no oneroso de la operación.

Respecto del segundo, se producen las dudas. Por un lado puede sostenerse que, al distribuirse mediante un acto oneroso, al amparo de la misma licencia (que autoriza el cobro por transferir una copia), y teniendo el carácter de acto de comercio y existiendo habitualidad del “proveedor”, la licencia estaría sujeta a las normas de la Ley N° 19.496, con todas las consecuencias que deriven de dicha circunstancia (especialmente del carácter de contrato de adhesión de la misma).

Otra interpretación (y tal vez la más plausible) es la no aplicación de la legislación sobre consumidores a la estas licencias, pues lo que se pretende con esta ley es proteger a los consumidores de los abusos de que pueden ser objeto en relación con la actividad comercial y, como se ha visto, las licencias de software libre no suelen constituirse *per se* como actos de comercio, sino como actos de mera liberalidad, siendo independientes de la operaciones de distribución de copias del programa en objetos físicos (DVD, CD, etc.), a cambio de un precio, las cuales si estarían sujetas a dichas normas, como simples actos mercantiles de venta.

6. Responsabilidad.

Como sabemos, sea que se trate de software privativo o libre, “no existe ningún programa usado masivamente en el cual el desarrollador no haya excluido cualquier responsabilidad en caso de falla o hasta en casos de clara negligencia”¹¹⁶. Por eso es necesario hacer algunas menciones a este importante tema.

116HARDINGS, JENS y FUENTES Alejandro: *Desafíos Legales en Torno a Software Libre y Formatos Digitales*, 30 de julio de 2003, <http://www.hardings.cl/publications/hardings2003encuentroLinux.pdf>.

En nuestro Derecho, entre otros casos, las obligaciones pueden nacer “de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos o cuasidelitos”¹¹⁷ civiles. Por ello se establece que, por regla general, “todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”¹¹⁸.

Los delitos y cuasidelitos civiles¹¹⁹ son, en otros términos, fuente de responsabilidad, la cual se traduce en la necesidad en que se encuentra una persona de indemnizar los daños ocasionados por el delito o cuasidelito. El artículo 2314 del Código Civil establece que “el que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización”¹²⁰.

Constituye un *delito* el hecho que es ilícito y cometido con la intención de dañar, mientras que si el hecho es culpable, pero cometido sin la intención de dañar, constituye un *cuasidelito*.

Difieren el delito y cuasidelito, en consecuencia, por un elemento o factor de carácter psicológico. En el delito hay *dolo, malicia, intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro, ánimo preconcebido de dañar*; en el cuasidelito no hay intención de dañar sino *descuido, imprudencia, negligencia, falta diligencia o descuido* del agente. El delito, pues, es el hecho dañino e intencional: el cuasidelito es el hecho culpable y perjudicial.

Es más frecuente, en la vida cotidiana, que el daño ocasionado por un hecho ilícito sea el resultado de la culpa del autor. Por ello, la responsabilidad por los hechos ilícitos es, por sobre todo, una responsabilidad cuasidelictual.

6.1. Responsabilidad contractual y extracontractual.

La *responsabilidad contractual* proviene del incumplimiento de un contrato y consiste en indemnizar los perjuicios resultantes de la infracción. Supone un vínculo jurídico preexistente entre el autor del daño y la víctima del mismo; la violación de la obligación anterior genera la responsabilidad.

La *responsabilidad extracontractual* (delictual y cuasidelictual) proviene de la ejecución de un hecho ilícito, doloso o culpable. No requiere de un vínculo concreto previo que ligue al autor del daño y a quien lo sufre, pues es el hecho ilícito y perjudicial el que genera la obligación.

Como puede apreciarse, ambos tipos de responsabilidad poseen profundas diferencias.

- En materia contractual la culpa admite *gradaciones* (puede ser grave, leve y levísima), y el deudor es responsable cuando incurre en el grado de culpa que corresponda, de acuerdo con la naturaleza del contrato; en materia extracontractual la culpa no admite gradaciones.
- Si se trata de hacer valer una responsabilidad contractual, debe el acreedor simplemente *probar* la existencia de la obligación (el incumplimiento se presume culpable); en caso de responsabilidad extracontractual, el acreedor debe probar el daño causado y que este es imputable a culpa del que lo

117 *Código Civil*, artículo 1437.

118 *Ibidem*, artículo 2329, inciso primero.

119 Los conceptos de delito y cuasidelito civil, por una parte, y de delito y cuasidelito penal, por otra, difieren sustancialmente.

120 *Código Civil*, artículo 2314.

ocasionó, salvo calificadas excepciones.

- La plena *capacidad* contractual se adquiere a los 18 años; la capacidad plena en materia extracontractual se logra a los 16 años.
- Los varios deudores que violan una obligación derivada de un contrato, no son *solidariamente* responsables; los varios autores de un delito o cuasidelito son solidariamente responsables del daño causado.
- La *acción* para perseguir la responsabilidad derivada del delito y cuasidelito prescribe en 4 años, contados desde la perpetración del hecho; la acción para hacer efectiva la responsabilidad contractual prescribe, regularmente, en 5 años.

6.2. Elementos.

Son cuatro los elementos o condiciones de la responsabilidad extracontractual:

- *El daño.*

Es *daño* es todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial. Incluye el daño emergente, el lucro cesante y el eventual daño moral.

- *La culpa o dolo.*

El *dolo* se define como “la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”¹²¹. Supone el propósito preconcebido de dañar, el deseo de ver realizado el daño que es consecuencia de una acción u omisión.

La *culpa, negligencia o descuido* “a secas” se refiere al concepto legal de culpa leve, o sea, “la falta de aquella diligencia o cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios”¹²². O dicho de otro modo, el no empleo del cuidado o diligencia ordinaria que las personas emplean normalmente.

- *La relación de causalidad entre el dolo o culpa y el daño.*

Se producirá esta *relación de causalidad* cuando el dolo o la culpa ha sido causa necesaria del daño, de manera que si no hubiera mediado el daño no se habría producido.

- *La capacidad.*

En general, desde que una persona está en situación de discernir acerca del sentido de los actos, debe responder por las consecuencias de ellos, aunque carezca de la capacidad necesaria para actuar por sí solo en la vida jurídica. Por ello, son plenamente capaces de delito o cuasidelito civiles personas que carecen total o parcialmente de capacidad para contratar.

121 Ibídem, artículo 44 inciso final.

122 Ibídem, artículo 44 inciso tercero.

En esta materia, también, la capacidad constituye la regla y la incapacidad la excepción. Son incapaces los dementes, los infantes (o sea, los menores de 7 años) y los mayores de 7 años y menores de 18 años que han obrado sin discernimiento.

6.3. Eximentes y atenuantes.

El autor de un daño puede, en determinadas circunstancias, no encontrarse en la necesidad de repararlo. Ello ocurre cuando concurre una *eximente de responsabilidad* o si se ha estipulado una *cláusula de exención de responsabilidad*.

Existe una sola y genérica causal eximente de responsabilidad: la ausencia de dolo o culpa del hechor. Es decir, la exención de responsabilidad tiene lugar cuando el hecho no es imputable al agente, situación que se produce en los siguientes eventos:

- *Caso fortuito o fuerza mayor*, esto es, el imprevisto que no es posible resistir. Salvo que éste ha sobrevenido por culpa o cuando la ley así lo establece.
- *Falta de culpa*, aunque no constituya caso fortuito.
- *Culpa de la víctima, que es causa exclusiva del daño*.
- *Hecho de un tercero extraño, por cuyos actos no se responde*.
- *Legítima defensa*, en caso de agresión ilegítima, medio de defensa proporcional y sin que haya mediado provocación suficiente .
- *Estado de necesidad*, que es aquel en que una persona puesta en situación apremiante de evitar un daño mayor, causa accidentalmente otro.
- *Ciertas inmunidades especiales*, como la inviolabilidad parlamentaria.

En cambio, la responsabilidad extracontractual es *atenuada* por alguna de las siguientes circunstancias:

- *Daño debido parcialmente a culpa de la víctima*.
- Estipulación de un *cláusula atenuante de irresponsabilidad*.

6.3.1. Cláusulas de exención de responsabilidad.

Es indudable que una vez cometido un delito o cuasidelito civil, la víctima puede renunciar válidamente al derecho de reclamar las indemnizaciones consiguientes. Ello pues este derecho mira a su interés particular y, además, la ley autoriza su renuncia.

Las *cláusulas de exención de responsabilidad* (o *cláusulas de irresponsabilidad*) suponen que el hecho ilícito aún no se ha cometido. El eventual autor del daño y la probable víctima convienen que el primero quedará eximido de toda responsabilidad (o ésta se verá atenuada o limitada).

Por de pronto, no es dudoso la ineficacia de la estipulación de irresponsabilidad por actos dolosos, ya que la condonación del dolo futuro no vale (artículo 1465 del Código Civil). “Por otra parte, no se concibe que una

persona, en su sano juicio, consienta en ponerse de este modo a merced de otra¹²³.

En resumen, la cuestión de la validez de las cláusulas de irresponsabilidad no se plantea sino cuando el daño es resultado de culpa.

Al respecto, la doctrina se muestra profundamente dividida. Aunque hay importantes argumentos a favor de la validez de las cláusulas de exención de responsabilidad. Desde luego, la ley no las prohíbe; además, en algunos casos, sus consecuencias suelen ser positivas y no lesivas del orden público.

Se ha sostenido que el “criterio más certero para decidir acerca de la validez de las cláusulas de irresponsabilidad se encuentra en la distinción acerca de la naturaleza del daño: si recae en las cosas o en las personas¹²⁴.

Así, si el daño recae en las cosas, nada obsta a la eficacia de la cláusula. El artículo 1558 del Código Civil establece su validez para eximirse de una responsabilidad contractual. “Ninguna razón justifica que el mismo criterio no sea aplicable a la responsabilidad extracontractual¹²⁵.

Distinta ha de ser la solución si el daño recae en las personas. La vida, la integridad física, el honor de las personas son intransferibles. “No es posible conferir a otro el derecho de matarnos, herirnos o difamarnos impunemente¹²⁶.

6.3.2. Seguro de responsabilidad.

El *seguro de responsabilidad* es aquel en que un asegurador toma a su cargo el riesgo de las responsabilidades (pecuniarias), en que puede incurrir el asegurado por los daños causados, por él o las personas por quienes responde.

En tal caso, el asegurado no pretende eximirse de su responsabilidad; sólo pretende adoptar medidas de precaución, que permiten que las consecuencias de ella no sean soportadas exclusivamente por su patrimonio.

6.4. Responsabilidad por el software libre.

La cuestión aquí tratada está referida sólo al programa computacional que es objeto de la licencia y no a los objetos que lo soportan materialmente (DVDs, CDs, etc.) y que son vendidos, pues el distribuidor lógicamente responde de la idoneidad del bien para el fin por el que se pone en el comercio (Ejemplo: si se compra una distribución de GNU/Linux y el CD no funciona, el vendedor tiene obligación de entregar uno que sí funcione).

En cuanto al programa en sí la situación es diversa. Se presume que el usuario, al haber aceptado la licencia, ya se encuentra avisado de la ausencia de garantía, pues por lo general estas cláusulas de exención de

123 MEZA BARRROS, Ramón: *Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones*, vol. 2, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995, p. 313.

124 *Ibidem*, p. 314.

125 *Ibidem*.

126 *Ibidem*, p. 314-315.

responsabilidad vienen escritas en mayúsculas, para resaltar su importancia y captar la atención del posible licenciatario hacia la posibilidad de que se trate de un producto no perfecto.

Se ha sostenido que las “razones y justificación de esta cláusula hay que buscarlas principalmente en la voluntad de las partes, pero también en los usos y en los fundamentos del software libre”¹²⁷.

Como hemos visto, la voluntad del autor se encuentra en su ánimo de liberalidad. Ha hecho desinteresadamente una aporte a la sociedad, “y es ese espíritu de colaboración desinteresada llevada a cabo con buenas intenciones lo que permite excluir la garantía sobre el producto. En el mundo del software libre éste es el uso, la costumbre”¹²⁸.

La mayoría de los usuarios están conscientes de que quien somete un programa a una licencia de software libre lo hace desinteresadamente, y que dicho programa es susceptible de tener errores.

El autor no tendría “ninguna obligación de suministrar el programa en perfecto estado, pues la inexistencia de programas perfectos es un hecho, incluso en el software propietario. Exigir una garantía a quien desinteresadamente hace una aportación a la sociedad para que otros puedan beneficiarse y, si son capaces, mejoren su trabajo eliminando los fallos, es contraproducente, pues desincentivaría a todo aquel que quisiera desarrollar un programa”¹²⁹.

Asimismo hay que tener presente que los desarrolladores de software libre programan “por el placer de hacerlo, por aportar algo a la comunidad, y busca aportar una utilidad, no un beneficio, con lo que sólo pondrá el programa en circulación cuando crea que está suficientemente depurado, no como una empresa de software propietario que tiene que vender ya, como esté, y luego ya harán parches corrigiendo los errores (lo que pasa todos los días)”¹³⁰.

Se ha dicho que el contrato de licencia obliga legalmente, entre otras cosas, a lo que según la costumbre le pertenece [ver sección 4.3]. Por dicha razón, sería posible aplicar la costumbre propia del ámbito del software libre ya mencionada. Igualmente, se ha señalado que podría hacerse aplicación analógica de la norma que excluye al donante de responder por el saneamiento (ya que la donación entre vivos presenta ciertas similitudes con las licencias [ver sección 4.2]).

En resumen, la responsabilidad cuasidelictual (por culpa), es difícil que se dé en relación con el software libre, pues lo que buscan los autores desinteresados es aportar una utilidad a la sociedad, para lo cual ponen todos sus esfuerzos e intentan hacerlo lo mejor posible, ya que el reconocimiento de la comunidad es muchas veces la única recompensa que éstos buscan.

Sin embargo, si un autor sabe que su programa puede producir daños y perjuicios a los posibles licenciatarios, y, aún así lo pone al alcance de todos con la apariencia de proporcionar un programa normal, está actuando con dolo, no queda eximido y debe responder por los daños causados¹³¹.

127 ARAGONÉS, Javier: (n. 93), p. 80.

128 Ibídem.

129 Ibídem.

130 Ibídem.

131 Sin perjuicio de la eventual aplicación de las normas de protección de derechos de los consumidores, que implicarían la ineficacia de las cláusulas de exclusión de responsabilidad [ver sección 5.3].

7. Licencia Pública General GNU.

La *Licencia Pública General GNU* o *GNU General Public License* (más conocida por su acrónimo en inglés, *GNU GPL* o simplemente *GPL*) es, sin duda, la más popular y conocida de todas las licencias del mundo del software libre.

De autoría de la *Free Software Foundation (FSF)*, fue creada en un principio para ser la licencia de todo el software generado por la FSF. Sin embargo, su utilización ha ido más allá hasta convertirse en la licencia más utilizada¹³².

Desde los inicios del proyecto GNU, “Richard Stallman estaba preocupado por las libertades que tendrían los usuarios de su software. Estaba interesado en que no sólo los que recibieran los programas directamente del proyecto GNU, sino cualquiera que lo recibiera después de cualquier número de redistribuciones y (quizás) modificaciones, siguiera disfrutando de los mismos derechos (modificación, redistribución, etc.)”¹³³. Esto motivó la redacción de la GPL, probablemente la primera licencia de software diseñada específicamente para garantizar que un programa fuera libre en este sentido.

7.1. Características.

En líneas generales, la GPL es una licencia no exclusiva que permite la redistribución binaria y del código fuente, aunque, en el caso que se redistribuya de manera binaria, obliga a que también se pueda acceder al código fuente. Asimismo, permite realizar modificaciones sin restricciones, aunque sólo se pueda integrar código licenciado bajo GPL con otro código que se encuentre bajo una licencia idéntica o compatible.

El método adoptado por ésta para otorgar protección a las obras que se adhieran a ella “es conservando la protección otorgada por el sistema legal de propiedad intelectual y al mismo tiempo, creando una licencia que busca moldear y dar origen a una protección que se adecue a las necesidades y realidades de las obras intelectuales. Lo exquisito de esta manera de protección es que la misma licencia surge de los principios legales del sistema de protección legal ajustándose a los requisitos de legalidad y aprovechando la libertad contractual que el mismo sistema legal concede y reconoce”¹³⁴.

Materialmente la GPL está redactada en inglés¹³⁵ (y carece de traducciones oficiales; aunque existen traducciones oficiosas en diversos idiomas, incluido el castellano¹³⁶), posee un *preámbulo*, donde se explica la finalidad y lineamientos generales de esta licencia (muy útil para determinar el sentido y alcance de sus cláusulas, o sea, su interpretación); un *clausulado* donde se establecen los términos y condiciones para la copia, modificación

132 La GPL v2 es la licencia con que se distribuye kernel de Linux.

133 GONZÁLEZ BARAHONA, Jesús, SEOANE PASCUAL, Joaquín y ROBLES Gregorio: (n. 65).

134 GRANADOS, Palmira: (n. 89).

135 Véase <http://www.gnu.org/licenses/gpl.html> (GNU General Public License).

136 Véase <http://www.gnu.org/licenses/translations.html> (Unofficial Translations) y <http://gugs.sindominio.net/licencias/> (Traducción al castellano de las licencias GNU).

y distribución; y un *apéndice* que describe como aplicar esta licencia a nuevos programas.

7.2. Cláusulas.

Se han clasificado las cláusulas de la GPL v2 en dos grandes grupos “las referidas a los derechos de propiedad intelectual (Cláusulas 0, 1, 2, 3, 6, 8 y 10) y las de contenido civil y o de consumo (Cláusulas 4, 5, 7, 11 y 12)”¹³⁷. Dejándose sólo afuera la cláusula 9, que se refiere a las versiones de la misma.

Es muy ilustradora esta clasificación (con el alcance que el segundo grupo, en nuestro sistema, debiera ser considerado como solo de contenido civil), pero aquí he decidido hacer un análisis de las cláusulas en su orden correlativo (0 a 12).

- *Cláusula 0.*

Esta cláusula establece el ámbito de aplicación de la licencia: *se aplica a cualquier programa u otro trabajo que contenga una nota colocada por el titular del derecho de autor señalando que puede ser distribuido bajo los términos de la GPL.*

Señala, también, las actividades no cubiertas por esta licencia: *actividades distintas de la copia, distribución y modificación no están cubiertas. El acto de ejecutar el programa no está restringido, o sea, no limita el derecho de uso del software, y los resultados de él no están cubiertos salvo que su contenido constituya un trabajo basado en el programa*, independientemente de haberlo producido mediante la ejecución del programa (Ejemplo: una obra literaria escrita en un procesador de textos GPL, no es GPL por ello, salvo que el autor así lo decidiera).

A su vez, esta cláusula contiene las definiciones de los términos que se usan a lo largo de la licencia, especificando que la traducción está incluida sin limitaciones en el término modificación (estipulación innecesaria para nuestro Derecho, ya que el concepto de adaptación o transformación, legalmente incluye la traducción).

Hay que precisar que, si bien ésta señala que puede someterse a la GPL una obra distinta de un programa (otro trabajo), no toda obra protegida por la propiedad intelectual es apta para ello, “por ejemplo, una obra plástica suele ser un ejemplar único, y sería de dudoso encaje con respecto a una licencia no exclusiva”¹³⁸.

- *Cláusula 1.*

Esta cláusula hace referencia a dos derechos, establecidos en la Ley N° 17.336 (artículo 18, letra b) y d) en relación con el artículo 5°, letra q), u) y v)), de utilización de una obra de dominio privado: la reproducción y la distribución.

137 ARAGONÉS, Javier: (n. 93), p. 78.

138 *Ibidem*, p. 84.

Autoriza expresamente la copia y la distribución de copias (en ambos casos, copias exactas e integrales) del código fuente del programa, por cualquier medio, siempre que se cumplan las condiciones allí impuestas:

- ◆ *proporcionar una nota sobre la titularidad del derecho de autor y una declaración de exclusión de garantía;*
- ◆ *mantener las notas referentes a la licencia y a la ausencia de garantía, y*
- ◆ *proporcionar al receptor del programa una copia de la licencia junto con él.*

Asimismo, permite cobrar por la transferencia física de una copia, lo que significa, a *contrario sensu*, que no se autoriza a cobrar por la licencia propiamente tal, es decir, se establece su gratuidad.

Igualmente, esta cláusula faculta al licenciante, distinto del autor, y que no obliga a éste (pues el autor no la ha otorgado, salvo estipulación en contrario), a ofrecer una garantía por el programa a cambio de un precio (o sea, una especie de seguro de responsabilidad [ver sección 6.3.2]).

• *Cláusula 2.*

Esta cláusula se refiere al derecho de adaptación o transformación, recogido en la Ley N° 17.336 (artículo 18, letra c) en relación con el artículo 5°, letra w)).

Autoriza previa y expresamente a modificar total o parcialmente el programa, siempre que se cumplan tres condiciones:

- ◆ *incluir en los archivos modificados notas indicando que los ha cambiado y la fecha de cualquier cambio;*

Esta condición impone al licenciario que modifica el programa la obligación de señalar las modificaciones introducidas, con la intención de salvaguardar el buen nombre del autor, tal como se expresa en el preámbulo de la licencia.

- ◆ *informar que cualquier trabajo que distribuya o publique, que en todo o en parte contiene o está derivado del programa o de cualquier parte del mismo, está licenciado como un todo, sin costo alguno, a terceras personas y bajo los términos de esta licencia, y*

Esta condición cumple la finalidad de preservar el sistema que permite que el software libre permanezca libre.

Se aprecia que el licenciario está obligado civilmente a ello (por ser un contrato) y también por la legislación de propiedad intelectual, ya que si se desea obtener la autorización del autor licenciante para utilizar públicamente el programa derivado, debe cumplir con esta condición.

- ◆ *mostrar o escribir al comenzar su ejecución (si el programa modificado lee normalmente órdenes interactivamente cuando es ejecutado) un mensaje que incluya una nota sobre la titularidad del derecho de autor y una declaración de exclusión de garantía (o bien, señalando que ofrece garantía) y que los usuarios pueden redistribuir el programa bajo estas condiciones, e indicando al usuario cómo puede ver una copia de la licencia (salvo que el propio programa sea interactivo pero normalmente no muestra ese anuncio, no se requiere que el trabajo*

basado en el programa muestre ningún anuncio).

Esta condición obliga a facilitar una copia de la GPL junto con el programa derivado, que no es otra que la obligación, del autor autor del programa derivado, de licenciarlo bajo la GPL.

Esta cláusula especifica, además, que las condiciones antes señaladas se aplican sólo al programa modificado como un todo, por lo que tratándose de la distribución separada de secciones identificables, no derivadas y que pueden ser consideradas como trabajos separados e independientes, no se aplica la GPL (explotación independiente de una obra).

También, aclara que el simple agregado de un trabajo no basado en el programa con un programa licenciado bajo la GPL en un medio de almacenamiento (Ejemplo: DVD, CD, etc.) no coloca al primero bajo esta licencia, es decir, no hay comunicabilidad de la licencia, entre programas, por el solo hecho de compartir un mismo medio.

- *Cláusula 3.*

Esta cláusula autoriza nuevamente la reproducción y distribución del programa, pero esta vez como código objeto o en formato ejecutable, cumpliendo las obligaciones impuestas en las cláusulas 1 y 2 y una de las siguientes:

- ◆ *Adjuntar el correspondiente código fuente completo en formato electrónico*, que debe ser distribuido de acuerdo a lo señalado en las cláusulas 1 y 2 de esta la licencia, en un medio habitualmente utilizado para el intercambio de programas, o
- ◆ *Adjuntar una oferta por escrito, válida durante al menos tres años, de proporcionar a cualquier persona, una copia completa en formato electrónico del correspondiente código fuente, a un costo no mayor a la distribución física del código fuente*, que debe ser distribuido bajo las condiciones descritas en en las cláusulas 1 y 2, en un medio habitualmente utilizado para el intercambio de programas, o
- ◆ *Adjuntar la información que se recibió sobre la oferta de proporcionar el correspondiente código fuente* (opción válida sólo en caso de distribución no comercial y sólo si se ha recibido el programa como código objeto o en formato ejecutable con tal oferta, en la forma antes señalada).

Como puede apreciarse no es necesario que ambos códigos, ejecutable y fuente, sean distribuidos conjuntamente, pues se dan opciones para facilitar el acceso al código fuente. Ello se se debe a los diversos usos que se pretenden abarcar con la GPL.

Por ello, puede decirse que la cláusula 1 está redactada pensando en la distribución entre desarrolladores, a quienes lo que más les interesa es el código fuente, mientras que en esta cláusula (la 3) se ha pensado más en la distribución a usuarios finales, que fundamentalmente desean obtener un copia ejecutable del programa, pero a quienes no se les puede negar la libertad de acceder al código fuente.

Termina esta cláusula definiendo los términos código fuente y ejecutable (y qué incluyen y qué

no). Además, aclara que si se ofrece el acceso a copiar el código objeto desde un cierto lugar (Ejemplo: servidor de Internet) y se ofrece equivalente acceso para copiar el código fuente desde el mismo lugar, se considera que se distribuye este último, aún cuando los licenciarios no copien el código fuente junto con el código objeto.

- *Cláusula 4.*

Esta cláusula contiene la principal causal de resolución del contrato, mediante la imposición de una obligación que limita la libertad de actuación del licenciario:

- ◆ *No se puede copiar, modificar, sublicenciar o distribuir el programa, excepto como prevé expresamente la licencia.*

Se trata de un *pacto comisorio calificado*, es decir, una estipulación en virtud de la cual se conviene que el incumplimiento de alguna obligación contraída resolverá ipso facto el contrato¹³⁹. Y como se trata de una obligación distinta de la de pagar el precio en un contrato de compraventa, opera de pleno derecho, o sea, no requiere de declaración judicial.

Se fundamenta el contenido de esta cláusula, al ser este un acto de liberalidad, “la voluntad del autor del programa debe ser respetada en todos sus extremos y no parece abusivo imponer ciertas obligaciones a un licenciario que no ha tenido que realizar ninguna contraprestación para la obtención de los derechos que le otorga la licencia”¹⁴⁰, lo que es perfectamente compatible con el ejercicio de la autonomía de la voluntad que rige en el Derecho privado y válido, pues no se opone a la ley, a las buenas costumbres o al orden público.

Esta cláusula busca, por sobre todo, colocar los posibles programas derivados bajo el régimen de la GPL, para mantener el software libre como libre, sin posibilitar su salida a un ámbito más restrictivo, en el que alguna de las cuatro libertades buscadas pueda verse limitada.

Por último, incluye una mención a la no afectación de los derechos adquiridos por terceros de buena fe, perfectamente válida, pues éste es un principio rector del ordenamiento jurídico.

- *Cláusula 5.*

Esta cláusula se refiere a la aceptación de la licencia y, por tanto, a la formación del consentimiento (la licencia en sí, es la oferta [ver sección 3.3 y 3.4]).

Reconoce que no hay otra forma de confirmar la aceptación de la licencia que el ejercicio de las facultades que en la misma se autorizan (o sea, modificar o distribuir el programa o trabajo derivado), pues el aceptante no la firma.

¹³⁹La resolución es una causa de ineficacia jurídica que tiene lugar cuando un acto jurídico, que ha nacido con plena validez, deja de producir sus efectos como consecuencia de haberse cumplido el evento de una condición resolutoria (o sea, un hecho futuro e incierto del cual depende la extinción de un derecho).

¹⁴⁰ARAGONÉS, JAVIER: (n. 93), p. 78.

En otras palabras, el acto de modificar o distribuir el programa o trabajo derivado bajo la GPL hace presumir la aceptación correspondiente de los términos y condiciones de ésta.

- *Cláusula 6.*

Esta cláusula trata el tema del sublicenciamiento, es decir, el derecho, que se puede otorgar al licenciatarario, a explotar la licencia permitiendo a otras personas utilizarla a su vez.

Esta expresa que el licenciatarario puede, a su vez, otorgar licencias no exclusivas idénticas a la que el ostenta, pero se especifica que la licencia que recibe el tercero no la recibe de éste sino del licenciante original.

La razón del texto de esta cláusula hay que buscarla en las funciones que pretende cumplir la GPL. Así, en la mera distribución del programa licenciado, “el licenciatarario actúa como persona intermedia, como un distribuidor en la cadena de distribución que va del autor al usuario final, pues sólo se está haciendo uso de los derechos necesarios para ello (reproducción y distribución)”¹⁴¹, mientras al usuario final está destinada la *EULA (End User License Agreement)*.

Ambas situaciones, licencia para distribuidores y licencia para usuario final, son cubiertas aquí, por la GPL.

- *Cláusula 7.*

Esta cláusula menciona otra condición impuesta al licenciatarario que limita su posibilidad de actuación. El propósito de esta cláusula, al igual que la cláusula 4, es mantener la integridad del sistema de distribución del software libre.

Señala que si por cualquier motivo (resolución judicial, denuncia de infracción de patente, etc.), se impone al licenciatarario una o más condiciones que contradicen los términos de la licencia, ello no lo exime de cumplir con la licencia. Esta situación encuentra su fundamento en el principio de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*, reconocido en los artículos 1545 y 1546 del Código Civil).

Sin embargo, la cláusula aclara que el licenciatarario no puede distribuir el programa si no puede cumplir, a la vez, las obligaciones impuestas por la licencia y las otras obligaciones impuestas. En otras palabras, si no se pueden cumplir todas las condiciones, no puede distribuir.

- *Cláusula 8.*

Esta cláusula se refiere al ámbito territorial de aplicación de la licencia.

Establece que, en caso que la distribución y/o uso del programa esté restringido a algunos países por problemas de patentes o derecho de autor, el titular original del derecho de autor puede señalar una zona geográfica de exclusión de distribución, quedando permitida al resto de los países. Quedando, para todos los efectos, tal mención como parte integrante de la licencia.

Se ha señalado que esta cláusula surgiría en virtud del principio de soberanía reconocido en el

141 Ibídem, p. 86.

Derecho Internacional Público, que indica que cada Estado tiene el derecho exclusivo de decidir su forma de gobierno y su legislación particular, sin que ningún otro país pueda intervenir en ello y en cambio todos los países tienen la obligación de respetar la soberanía del otro.

Cualquiera que sea el fundamento de la misma, la cláusula, *a contrario sensu*, implica que si el autor no señala una zona excluida, el ámbito territorial de la licencia es todo el territorio del planeta.

- *Cláusula 9.*

Esta cláusula alude al tema de las versiones o revisiones de la licencia.

La FSF, como titular del derecho de autor sobre la GPL, puede de suyo publicar revisiones o nuevas versiones de esta licencia. Lo importante de esta cláusula es que establece un derecho alternativo para el licenciatario, de seguir los términos y condiciones señalados en la versión mediante la cual se ha licenciado el programa o una posterior, en caso que éste haya sido licenciado bajo determinada versión de la GPL (Ejemplo: la versión 2) y “cualquier versión posterior”.

Si no se ha especificado una versión, el licenciatario puede elegir seguir los términos y condiciones expresados en cualquier versión publicada por la FSF.

- *Cláusula 10.*

Esta cláusula se refiere a la incorporación de partes del programa, en otros programas de software libre, con términos y condiciones de distribución distintos.

No hace otra cosa que reiterar los principios de la legislación sobre propiedad intelectual, en el sentido que si el licenciatario desea realizar un acto no contemplado en la licencia, requiere de la autorización expresa del autor.

- *Cláusula 11.*

Esta cláusula se refiere a la responsabilidad por el software.

Es propiamente una cláusula de exención de responsabilidad por el software [ver sección 6.3], que se fundamenta a sí misma por el hecho que el programa se otorga libre de cargos, a favor del titular del derecho de autor y terceras personas que proveen el programa.

Expresa que su extensión es hasta donde lo permita el Derecho aplicable, es decir, en nuestro caso, la ley podría modular esta responsabilidad. Asimismo, establece que, por el contrario, se ofrece garantía si así se expresa.

- *Cláusula 12.*

Esta cláusula continúa tratando el tema de la responsabilidad.

No hace más que precisar que la exención de responsabilidad, a favor del titular del derecho de autor y cualquier persona que modifique y/o redistribuya el programa, es por todo tipo de daño, salvo acuerdo en contrario o lo que establezca el Derecho aplicable (Ejemplo: no se extiende a los daños generados por dolo [ver sección 6.4]).

En resumen, da cumplimiento a la la ley [ver sección 2.2.4]: precisa los derechos concedidos al licenciataria (cláusulas 1 a 3), fija un plazo de duración indefinido (no señala expresamente el plazo, pero del contexto de la misma se desprende que es indefinido), la remuneración y su forma de pago (se acuerda que es gratuita, cláusula 1), el territorio de aplicación (cláusula 8) y establece otras estipulaciones que, como se ha visto, son perfectamente válidas.

8. Infracción de una licencia de software libre.

A medida que la utilización del software libre va extendiéndose, aumentan las posibilidades de transgresión de su espíritu y funcionamiento. Por lo que es necesario conocer algunas nociones generales sobre cómo proceder caso que se produzca una violación a una licencia de software libre.

A lo largo de este trabajo, se ha visto que diversas son las normas jurídicas nacionales involucradas en el fenómeno del software libre. Por ello (y de acuerdo al tipo de infracción), diversas pueden ser los caminos para reaccionar en contra de la infracción.

Aunque, la regla general sigue siendo que el titular del derecho de autor (sea persona natural o jurídica) tiene acción contra la infracción de su derecho, manifestado en la licencia violada¹⁴².

Sintéticamente las vías pueden ser las siguientes: la *constitucional* (por afectación del derecho de autor); la de *propiedad intelectual* (infracción a las normas de dicha legislación); la *penal* (por delitos contra la propiedad intelectual); y la *civil* (por incumplimiento contractual).

Quizás podría agregarse quinta vía (que no analizo), la del *derecho de los consumidores*, a través de la actuación de Asociaciones de consumidores, en representación del interés colectivo o difuso de los consumidores (con las reservas señaladas [ver sección 5.3]).

8.1. Vía constitucional.

El derecho de autor es un derecho fundamental [ver sección 2.2] reconocido por la Constitución Política (artículo 19 N° 25), pero además es uno de los derechos amparados por la *acción constitucional de protección* (el llamado *recurso de protección*), que se encuentra contemplada en el artículo 20 de la Constitución.

Artículo 20.- El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números [...] 25°. podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.

¹⁴²Véase <http://www.gnu.org/licenses/gpl-violation.es.html> (Violaciones de las licencias GPL, LGPL y GFDL).

Su procedimiento está regulado por un Auto Acordado de la Corte Suprema, de 24 de junio de 1992 (y modificado el 4 de mayo de 1998), *sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales*.

Esta acción es muy efectiva (por su rápida tramitación) para proteger los derechos fundamentales, ante *amenazas, perturbaciones o privaciones* por causa de actos u omisiones, *arbitrarias* (irracionales) o *ilegales*. No obstante, no permite discutir cuestiones de fondo (Ejemplo: la titularidad del derecho¹⁴³), pero deja abierta la posibilidad de ejercer los demás derechos que se pueden hacer valer ante la autoridad o los tribunales (Ejemplo: la vía civil, donde sí puede discutirse el fondo).

Respecto del derecho de autor, puede servir para reaccionar frente a cualquier acto u omisión que afecte el derecho moral o patrimonial del titular del derecho de autor, o sea, que no esté amparada por la licencia, ya sea, por incumplimiento de sus condiciones o porque excede su ámbito [ver sección 2.2.5] (Ejemplo: distribución masiva de un programa o uno derivado incumpliendo la licencia).

El fundamento no es, propiamente, la violación de la licencia sino la afectación sustancial del derecho de autor por no haberse respetado los términos de dicha autorización.

8.1.1. Algunos aspectos procesales.

La acción de protección *se presenta ante la Corte de Apelaciones* en cuya jurisdicción se hubiere cometido el acto o incurrido en la omisión arbitraria o ilegal que ocasionen privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio del derecho constitucional (en este caso, el derecho de autor), dentro del *plazo de 15 días* contados desde la ejecución del acto o la ocurrencia de la omisión o, según la naturaleza de éstos, desde que se haya tenido noticias o conocimiento cierto de los mismos.

Se puede interponer *por el afectado* (el titular del derecho) o *por cualquiera otra persona en su nombre*, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple (y aún por telégrafo o télex).

Presentado el recurso, la Corte examina si ha sido interpuesto en tiempo y si tiene fundamentos suficientes para acogerlo a tramitación.

Acogido a tramitación, la Corte de Apelaciones ordenará que *informe*, por la vía que estime más rápida y efectiva, *la persona o personas, funcionarios o autoridad que según el recurso o en concepto del Tribunal son los causantes* del acto u omisión arbitraria o ilegal, que haya podido producir privación, perturbación o amenaza del libre ejercicio de los derechos que se solicita proteger, fijándole un plazo breve y perentorio para emitir el informe, señalándole que conjuntamente con éste, el obligado a evacuarlo debe remitir a la Corte todos los antecedentes que existan en su poder sobre el asunto motivo del recurso.

Además, las personas, funcionarios u Órganos del Estado *afectados o recurridos, pueden hacerse parte* en el recurso.

¹⁴³Aquí se ve la utilidad de la inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual. Dicho sea de paso, para inscribir un programa computación hay que pagar un derecho equivalente a un 35% de 1 UTM.

Recibido el informe y los antecedentes requeridos, o sin ellos la Corte ordenará traer los autos en relación y dispondrá agregar extraordinariamente la causa a la tabla del día subsiguiente.

El Tribunal cuando lo juzgue conveniente para los fines del recurso, podrá decretar *orden de no innovar* (que busca suspender el acto u omisión causante de la amenaza, perturbación o privación del derecho, mientras se resuelve el recurso) y, para mejor acierto del fallo, puede decretar todas las diligencias que estime necesarias.

La sentencia que se dicte, ya sea que acoja, rechace o declare inadmisibile el recurso, es *apelable ante la Corte Suprema*.

8.2. Vía propiedad intelectual.

De acuerdo al artículo 78 de la Ley N° 17.336 las infracciones a esta ley (y al reglamento de la misma) son sancionadas con multa (de 5 a 50 UTM), sin perjuicio de los delitos sancionados en ella.

Básicamente, la principal contravención al derecho de autor o conexos es la utilización de una obra de dominio privado, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en la ley (Ejemplo: *reproducción y distribución del programa sin cumplir las condiciones impuestas*¹⁴⁴, infracción a la cláusula 1 de la GPL; *adaptar o modificar el programa incumpliendo las condiciones señaladas*, infracción a la cláusula 2 de la misma), sin estar expresamente autorizado.

Es competente para conocer estas contravenciones el *juez de letras en lo civil del domicilio del demandado*. El procedimiento que ha de seguirse es el sumario, regulado en los artículos 680 al 692 del Código de Procedimiento Civil.

8.3. Vía penal.

La Ley N° 17.336 establece diversos delitos contra la propiedad intelectual [ver sección 2.2.7].

Pueden servir para reaccionar ante la violación de una licencia, los siguientes: artículo 79, letra a) (Ejemplo: *reproducción y distribución del programa sin cumplir las condiciones impuestas*¹⁴⁵, infracción a la cláusula 1 ó 3 de la GPL; *adaptar o modificar el programa incumpliendo las condiciones señaladas*, infracción a la cláusula 2 de la misma) y letra c) (Ejemplo: *“plagio” del código fuente; reproducción y la distribución del programa suprimiendo o alterando el nombre del autor*, infracción a la cláusula 1 de la GPL), artículo 80, letra b) (Ejemplo: *reproducción y distribución del programa con ánimo de lucro sin cumplir las condiciones impuestas*, infracción a la cláusula 1 de la GPL) y 81 ter (Ejemplo: *supresión a sabiendas de la información sobre los términos y condiciones de utilización del programa*, infracción a la cláusula 1 y 2 de la GPL; *distribuir el programa con conocimiento que la información sobre los términos y condiciones de utilización ha sido suprimida*, infracción a la cláusula 1 de la misma).

144 Si se incumplen las condiciones de la autorización, propiamente no hay autorización.

145 Véase supra.

8.3.1. Algunos aspectos procesales.

Estos delitos son de *acción penal pública*, o sea, debe ser *ejercida de oficio por el Ministerio Público*.

Pueden ser víctimas tanto personas naturales como jurídicas. Pero esta acción no puede entablarse sino contra personas naturales; por las personas jurídicas responden los que hubieran intervenido en el acto punible (sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiere afectar a estas personas jurídicas).

La investigación de estos delitos puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela.

La *denuncia*, es decir, la comunicación del conocimiento que se tuviere sobre la comisión de un hecho que revistiere caracteres de delito, puede formularse por *cualquier persona* directamente al Ministerio Público.

También puede formularse ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones, o ante cualquier tribunal con competencia criminal (todos los cuales deben hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público).

El denunciante no contrae otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella. Tampoco adquiere el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito.

Sin perjuicio de lo anterior, el Ministerio Público respecto de la denuncia efectuada puede, eventualmente, archivarla provisionalmente, ejercer la facultad de no iniciar o el principio de oportunidad¹⁴⁶.

La *querrela* puede ser interpuesta por la *víctima*¹⁴⁷, *su representante legal o su heredero testamentario*. También se puede querrellar cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que constituyeren delitos terroristas, o *delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución* o contra la probidad pública. Asimismo, puede deducir querrela cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la región, respecto de delitos cometidos en la misma que *afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto* (intereses difusos).

Admitida a tramitación la querrela presentada por la víctima, el Ministerio Público no puede archivar provisionalmente o ejercer la facultad de no iniciar o, en caso de haberlo hecho, debe seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales.

¹⁴⁶El Ministerio Público puede *archivar provisionalmente* aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos.

Puede *abstenerse de toda investigación*, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado.

Puede *no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada* cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

¹⁴⁷Para los efectos del Código Procesal Penal, se considera víctima al *ofendido por el delito*. En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en el Código se le otorgan, se considerará víctima: al cónyuge y a los hijos; a los ascendientes; al conviviente; a los hermanos, y al adoptado o adoptante (esta es una enumeración que constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes).

Estos delitos, que son de competencia de *tribunal en cuyo territorio jurisdiccional se ha cometido el hecho que da motivo al juicio*, pueden someterse al procedimiento ordinario (juicio oral), al procedimiento simplificado (juicio más breve y simple)¹⁴⁸, al procedimiento monitorio (si el fiscal solicita sólo multa) o al procedimiento abreviado (si el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento).

Todo lo cual es, sin perjuicio, de las salidas alternativas¹⁴⁹: suspensión condicional del procedimiento y acuerdo reparatorio.

También puede perseguirse la responsabilidad civil general derivada de los hechos constitutivos de delitos o la específica consagrada en la Ley N° 17.336 (artículo 81 bis), ya sea en sede penal (si procede de acuerdo al procedimiento utilizado) o en sede civil, de acuerdo a las normas generales.

8.4. Vía civil.

Esta vía debe probablemente la más directa y efectiva, aunque seguramente la más lenta y compleja.

El fundamento aquí es el *incumplimiento contractual de la licencia de software libre*¹⁵⁰, que puede provenir tanto del licenciante como del licenciataro (ambos, personas naturales o jurídicas).

De acuerdo a lo expresado en el artículo 1489 del Código Civil, en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.

No obstante, es necesario destacar que la mora purga la mora (en lo contratos bilaterales), o en otras palabras, ninguna de las partes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras la otra no cumpla o esté llano a cumplir su obligación recíproca.

Hay que distinguir previamente si la obligación incumplida es *de hacer* (Ejemplo: *modificar total o parcialmente el programa, bajo las condiciones señaladas*, cláusula 2 de la GPL; *reproducción y distribución del programa con las condiciones establecidas*, cláusula 1 ó 3 de la misma) o de *no hacer* (Ejemplo: *no copiar, modificar, sublicenciar o distribuir el programa, salvo en la forma expresada* en la licencia, cláusula 4 de la GPL¹⁵¹).

Si la obligación es de hacer y el deudor se constituye en mora¹⁵², podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya:

148 Aunque puede resolverse de inmediato si el imputado admite responsabilidad en los hechos, caso en cual el juez aplicará únicamente pena de multa, a menos que concurrieren antecedentes calificados que justificaren la imposición de una pena de prisión (1 a 60 días).

149 Véase el artículos 236 y siguientes del Código Procesal Penal.

150 Además, por esta vía puede perseguirse la responsabilidad civil general derivada de los hechos constitutivos de delitos o la específica consagrada en la Ley N° 17.336 [ver sección 2.2.7]. No hago mención a esta posibilidad aquí, por ser más relevante la contractual.

151 Con la salvedad expresada al comentar la cláusula 4 de la GPL, por su carácter de pacto comisorio calificado [ver sección 7.2].

152 El deudor está en mora: cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado, salvo que la ley en casos especiales exija que se requiera al deudor para constituirle en mora; cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto espacio de tiempo, y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; en los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

- Que se *apremie al deudor para la ejecución* del hecho convenido;
- Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor;
- Que *el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes* de la infracción del contrato.

A su vez, la obligación de no hacer se resuelve en la de *indemnizar los perjuicios*, si el deudor contraviene y *no puede deshacerse lo hecho*.

Pudiendo destruirse la cosa hecha, y siendo su destrucción necesaria para el objeto que se tuvo en mira al tiempo de celebrar el contrato, será el deudor obligado a ella, o autorizado el acreedor para que la lleve a efecto a expensas del deudor. Si dicho objeto *puede obtenerse cumplidamente por otros medios*, en este caso será oído el deudor que se *allane* a prestarlo. En todo caso, el acreedor quedará indemne.

De acuerdo al Código Civil, la *indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante*, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento (se exceptúan los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente). Estas *se debe desde que el deudor se ha constituido en mora*, o si la obligación es de no hacer, *desde el momento de la contravención*.

Hay que tener presente que si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. No obstante, la mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios.

8.4.1. Algunos aspectos procesales.

El *titular de la acción es la parte afectada por el incumplimiento*, y para ejercerla debe estar patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

El tribunal competente es el *juez de letras en lo civil del domicilio del demandado* y el procedimiento que corresponde es el juicio ordinario de mayor cuantía (artículo 253 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

En el proceso debe probarse la existencia de la obligación y, por tanto, el contrato y su contenido. Por ello, si el demandante es el licenciante, debe probar la aceptación de la licencia por parte del licenciatarario (salvo que éste no la discuta).

Asimismo, debe acompañarse a la demanda una copia de la licencia. Tratándose, ésta de un instrumento privado se tendrá por reconocido, cuando puesto en conocimiento de la parte contraria, ésta no alega su falsedad o falta de integridad dentro de los 6 días siguientes a su presentación (si nada se expone dentro de dicho plazo, se tiene por reconocido tácitamente).

Si está extendida en lengua extranjera (Ejemplo: la GPL), vale la traducción que se agregue a la copia presentada, salvo que la parte contraria exija, dentro de 6 días, que sea revisada por un perito, que el tribunal designe (a costa del que presentó la licencia).

En lo demás, puede hacerse uso de todos los medios de prueba que franquea al ley: instrumentos; testigos; confesión de parte; inspección personal del tribunal; informe de peritos, y presunciones. Y, básicamente, el procedimiento sigue las etapas (demanda, contestación, réplica, dúplica, término probatorio, sentencia y recursos) y reglas generales .

8.5.¿Y los licenciantes o licenciarios extranjeros?

Todo lo anteriormente expuesto, en general, ha supuesto casos donde no se presentaban elementos extranjeros relevantes o, dicho de otro modo, donde no había duda de la exclusiva aplicación de normas nacionales (Ejemplo: licenciante chileno con licenciario chileno, ambos domiciliados en Chile).

En lo pertinente, en el Derecho Internacional Privado, se postula que sobre la forma de los actos jurídicos rige el principio *lex locus regit actum*, es decir, que las formalidades de los actos y contratos deben ajustarse a la ley vigente en el lugar en que se realiza el acto o se celebra el contrato (el lugar donde se acepta la licencia, es el de celebración del contrato); mientras que respecto del fondo (la ejecución de la obligación) rige la autonomía de la voluntad, es decir, las partes eligen a qué ley someterse (en el derecho anglosajón se habla del *proper law of the contract*) o, en caso de no estipularlo, rige la ley del lugar donde debe cumplirse la obligación.

En materia de responsabilidad extracontractual se estima que la ley aplicable es la del lugar de comisión del delito o cuasidelito civil (*lex loci delictii*). Igual regla se sigue respecto de las materias penales (delitos penales).

La ley chilena sigue los antedichos principios. Así sobre la forma de los actos hace diversas aplicaciones del principio *lex locus regit actum* (Ejemplo: artículo 17 y 1027 del Código Civil), aun cuando no hay en ella un fórmula general que la consagre.

En materia de obligaciones, acepta el principio de autonomía de la voluntad y reconoce la eficacia en Chile de los contratos válidamente celebrados en país extranjero, en conformidad a la ley extranjera (artículo 16, inciso segundo, del Código Civil), salvo en lo que respecta a la capacidad del chileno, que cuando celebra actos que van a tener efecto en Chile, debe ajustarse a la ley chilena (artículo 15, inciso primero, del Código Civil).

Con todo, los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Chile quedan sujetos siempre a la ley chilena (artículo 16, inciso tercero, del Código Civil).

Por último, en materia penal, nuestra legislación sigue el criterio territorial, según lo dispuesto por el artículo 5° del Código Penal, por el cual se castiga únicamente delitos cometidos en Chile, cualquiera que sea la nacionalidad o domicilio del agente o de la víctima, y sin más excepciones que aquellas generalmente reconocidas por el Derecho Internacional (por excepción, el artículo 6° del Código Penal y del Código Orgánico de Tribunales se refieren a ciertos delitos perpetrados fuera del territorio nacional que son castigados en Chile, quedando sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos).

9. Conclusión.

A partir de todo lo expuesto en esta investigación, puede concluirse que las licencias de software libre, en general (y la GPL en particular [ver sección 7.2]) son legalmente válidas, pues respetan los principios y normas contenidos en la legislación chilena (civil y de propiedad intelectual); no son necesariamente irrevocables [ver sección 3.4.1]; obligan y son intangibles como contratos, una vez aceptadas (expresa o tácitamente); y son dignas de tutela jurisdiccional (directa o indirectamente), constitucional, civil (contractual y de propiedad intelectual) y penalmente.

Referencias

- *Alessandri Rodríguez, Arturo, Somarriva Undurraga, Manuel y Vodanovic H., Antonio. Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1998.
- *Aragónés, Javier. La GNU GPL en el ordenamiento jurídico español.* Libro de Ponencias, Conferencia Internacional de Software Libre (Open Source International Conference), Málaga 2004, <http://www.opensourceworldconference.com/2004/files/Proceedings-Ponencias.zip>.
- *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Biblioteca del Congreso Nacional.* <http://www.bcn.cl/portada.html>.
- *Corporación Derechos Digitales. Derechos Digitales.* <http://www.derechosdigitales.org/ong/>.
- *De la Maza, Iñigo. Los límites del Consentimiento.* http://www.lexisnexis.cl/Contenido/Legal/Doctrina/Doctrina_I%C3%B1igodelaMaza.asp.
- *Del Olmo Navío, María de la Hoz. La GPL dentro del ordenamiento jurídico español.* III Congreso Hispalinux, noviembre de 2000, <http://es.tldp.org/Presentaciones/200002hispalinux/conf-03/03-html/>.
- *Free Software Foundation. GNU No es Unix! - El Proyecto GNU y la Fundación para el Software Libre (FSF).* <http://www.gnu.org/home.es.html>.
- *Fundación País Digital. Software Abierto: Factibilizando la Neutralidad Tecnológica para Chile.* <http://www.paisdigital.org/biblioteca/32/Open%20source%20V1.0.pdf>.
- *González Barahona, Jesús, Seoane Pascual, Joaquín y Robles Gregorio. Introducción al software libre.* Noviembre de 2003, <http://www.uoc.edu/masters/softwarelibre/esp/materials/libre.pdf>.
- *Granados, Palmira. La GPL dentro del marco jurídico Mexicano.* Junio de 2004, http://www.fsl.org.mx/tiki-read_article.php?articleId=17.
- *Guzmán Latorre, Diego. Tratado de Derecho Internacional Privado.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1997.
- *Hardings, Jens y Fuentes Alejandro. Desafíos Legales en Torno a Software Libre y Formatos Digitales.* 30 de julio de 2003, <http://www.hardings.cl/publications/hardings2003encuentroLinux.pdf>.
- *Herrera Sierpe, Dina. Propiedad Intelectual, Derechos de Autor: Ley N°. 17.336 y sus modificaciones.*

Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1999.

- *Hübner G., Ana María y Vergara, Sofía. La Promesa Ante el Derecho y la Jurisprudencia.* Editorial Jurídica ConoSur, Santiago 1993.
- *Jaque Barbero, Miguel. Análisis de la Licencia Pública General (GPL).* Ilke Benson, A.I.E, <http://www.aldealinux.cl/cms/files/downloads/GPL.pdf>.
- *Meza Barros, Ramón. Manual de Derecho Civil: De las fuentes de las obligaciones.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1995.
- *Nonius, Jorge. Introducción a la propiedad intelectual.* 20 de abril 2002, <http://www.laespiral.org/articulos/propintlect/propintlect.pdf>.
- *Nonius, Jorge. Introducción a las licencias de software libre.* 16 de abril de 2002, <http://www.laespiral.org/articulos/licencias/licencias.pdf>.
- *Organización Mundial de Propiedad Intelectual. OMPI - Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.* <http://www.wipo.int/index.html.es>.
- *Stallman, Richard M. Free Software, Free Society: Selected Essays of Richard M. Stallman.* Edición traducida al castellano, **Software libre para una sociedad libre.** Traficantes de Sueños (Traducción principal: Jaron Rowan, Diego Sanz Paratcha y Laura Trinidad), Noviembre de 2004, <http://www.sindominio.net/biblioweb/pensamiento/softlibre/softlibre.pdf>.
- *Villarroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel. Curso de Derecho internacional Privado: Parte General.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago 2004.
- *VV.AA. Sobre software libre* (Editores: Vicente Matellán Olivera, Jesús M. González Barahona, Pedro de las Heras Quirós y Gregorio Robles Martínez). Junio de 2004, <http://gsyc.escet.urjc.es/~grex/sobre-libre/libro-libre.pdf>.