



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE DERECHO**  
CENTRO DE ESTUDIOS EN DERECHO INFORMÁTICO

## **TEACH ACT**

### **NORMATIVA SOBRE ARMONIZACIÓN DE DERECHOS DE AUTOR Y EDUCACIÓN EN LÍNEA EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA**

Memoria para optar al Grado Académico de  
Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

**Juan Carlos Lara Gálvez**

Profesor Guía: Alberto Cerda Silva

Santiago, Chile  
2008

## TABLA DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1
<b>CAPÍTULO I: EL DERECHO DE AUTOR Y LA PROPIEDAD INTELLECTUAL</b> .....	6
1.    Síntesis histórica .....	6
2.    Derecho de autor y cultura .....	9
3.    La protección de la creación intelectual.....	10
3.1 Propiedad intelectual y derecho de autor .....	10
3.2 Derecho de autor y <i>copyright</i> .....	14
4.    Consagración y regulación del derecho de autor.....	15
4.1 A nivel internacional .....	15
4.2 A nivel nacional.....	23
5.    La obra como objeto de protección.....	25
6.    La autoría y la titularidad de derechos .....	30
7.    Contenido del derecho de autor .....	31
7.1 Derecho moral .....	32
7.2 Derecho patrimonial.....	34
<b>CAPÍTULO II: EL DERECHO A LA EDUCACIÓN</b> .....	38
1.    La consagración del derecho a la educación .....	38
2.    El contenido del derecho a la educación .....	43
3.    El valor de la educación .....	45
4.    La relación con otros derechos.....	48

### **CAPÍTULO III: EL NUEVO ESCENARIO COMUNICACIONAL**

<b>MUNDIAL</b> .....	50
1. Comunicación y avance tecnológico .....	50
2. El advenimiento de Internet .....	51
2.1 La red de redes .....	51
2.2 La historia de Internet .....	54
2.3 Perspectiva actual .....	57

### **CAPÍTULO IV: LA ENSEÑANZA EN LÍNEA**..... 60

1. La educación a distancia .....	60
2. El <i>e-learning</i> .....	64
3. Aspectos técnicos elementales .....	70
4. Desarrollo e importancia.....	73

### **CAPÍTULO V: COLISIÓN Y ARMONIZACIÓN DE DERECHOS**

<b>EN EL ENTORNO DIGITAL</b> .....	76
1. El ejercicio de derechos en el mundo digital.....	76
2. El equilibrio en el ejercicio de los derechos.....	80
2.1 Limitaciones y excepciones.....	81
2.2. El patrimonio cultural común .....	89
2.3. Licenciamiento.....	90
2.4. Control a través de la tecnología .....	96
3. E-learning ante el balance de intereses .....	97
3.1 Limitaciones y excepciones propias del entorno analógico.....	99
3.2 Entorno digital y nuevas limitaciones.....	106
3.3 Iniciativas de armonización normativa .....	109

<b>CAPÍTULO VI: TEACH ACT .....</b>	<b>117</b>
1. Historia .....	117
1.1 La ley de derecho de autor de 1976 .....	117
1.2 Hacia la reforma legal.....	122
1.3 La nueva ley .....	128
2. Contenido y requisitos .....	130
2.1 Obras.....	131
2.2 Condiciones de utilización.....	136
2.3 Elegibilidad y obligaciones institucionales .....	139
2.4 Receptores autorizados .....	142
2.5 Medidas tecnológicas .....	143
3. La Ley TEACH y el impacto sobre el <i>e-learning</i> .....	150
3.1 La inseguridad jurídica .....	150
3.2 Limitantes sobre clases de obras y formas de uso.....	152
3.3 Bibliotecas y reservas.....	154
3.4 Interés institucional y desempeño docente .....	156
3.5 La discriminación institucional.....	158
3.6 El impacto sobre el <i>fair use</i> .....	159
3.7 Educación presencial versus <i>e-learning</i> .....	161
3.8 Otras cuestiones .....	162
 <b>CONCLUSIONES .....</b>	 <b>165</b>
 <b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	 <b>170</b>
 <b>APÉNDICES.....</b>	 <b>184</b>
1. Texto original de la Ley TEACH de 2002 .....	184
2. Extractos del Artículo 110, 17 U.S.C. (traducción libre) .....	189

## INTRODUCCIÓN

El advenimiento de la sociedad posmoderna trajo consigo una creciente tendencia al reconocimiento y la protección de intereses individuales considerados básicos o fundamentales, gracias a la difusión del ideario democrático-liberal desde fines del siglo XVIII. El conjunto de tales intereses, a su vez, tuvo una variación de contenido así como un aumento cuantitativo, como consecuencia de las nuevas formas de interacción social a partir del fenómeno conocido como la Revolución Industrial.

Esa pretensión se vio acentuada con motivo del fin de la Segunda Guerra Mundial y el impacto causado en la población por los horrores cometidos en ese período. Se buscó el asentamiento de un nuevo orden de respeto a los intereses fundamentales, reconocidos como valores o *derechos* personalísimos e inviolables, con miras a la protección de presupuestos básicos para el pleno desarrollo del ser humano. En este contexto fue proclamada la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948, que plasmó el reconocimiento del derecho a la educación en su artículo 26, y de los derechos de propiedad intelectual en el artículo 27.

Si bien se trata de un aseguramiento en el desarrollo de aspectos de la vida humana tan antiguos como la civilización misma, el progreso de las sociedades implica que los *derechos* reconocidos tengan un alcance tal que responda a las siempre renovadas necesidades de las personas, a la vez que requieren un equilibrio<sup>1</sup> con otros intereses de similar importancia, tanto individuales como

---

<sup>1</sup> Contemplado también en instrumentos internacionales de consagración de derechos humanos, tales como la mencionada Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración

colectivos. Ya desde su reconocimiento internacional, se buscaba un balance apropiado entre los intereses de los autores sobre sus creaciones, de los mismos autores y otros titulares de derechos de autor sobre la explotación económica de tales creaciones, y de la sociedad misma sobre la utilización de las obras para el enriquecimiento de su patrimonio cultural.

El ideal equilibrio entre derechos que caso a caso debe verificarse, se ha visto, no obstante, afectado por el notable desarrollo tecnológico que caracterizó al siglo XX, especialmente en el área de las comunicaciones. Asumiendo que la educación es un presupuesto básico del desarrollo y –consecuentemente– del crecimiento económico, su promoción llevó a la creación de sistemas de equilibrio con los derechos sobre las creaciones del espíritu que, básicamente, limitaban tales derechos ante la utilización con fines científicos o de enseñanza. Pero el avance tecnológico permitió no solamente nuevos soportes y formas de utilización de obras protegidas, sino también posibilidades nunca antes vistas de explotación de tales obras, a bajo costo y fuera del control de autores, editores y del Estado. Ello se acentuó principalmente con el crecimiento de redes digitales de alcance mundial. No cabe duda que tal explotación no autorizada lesiona los intereses de autores, intérpretes, titulares de derechos de autor, y posiblemente, desincentiva la creación intelectual; sin embargo, esa certeza es menos palpable cuando tras esta explotación existen propósitos educativos cuya defensa difícilmente puede abandonarse a favor de la satisfacción económica de unos pocos. En definitiva, el avance tecnológico significó un desafío creciente en la búsqueda de este equilibrio.

Lo que se ha visto en los últimos tiempos en el mundo, es una serie de iniciativas legislativas que rescatan la necesidad de una regulación no solamente

---

Americana de Derechos del Hombre de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

congruente con las necesidades actuales, sino también lista para responder a los avances tecnológicos que todavía queda por experimentar. En este nuevo escenario, sin embargo, hay una actividad particular que no queda suficientemente cubierta por las más tradicionales excepciones y limitaciones a los derechos de autor. Nos referimos a las actividades de enseñanza a distancia, y más específicamente, a la enseñanza llevada a cabo a través de redes digitales. Nos referimos a las actividades de educación en línea o *e-learning*.

La educación en línea es, incuestionablemente, una realidad creciente en importancia. Es ella una manifestación elocuente del impacto del avance tecnológico de las últimas décadas en el área de las comunicaciones, de la que se sirven millones de personas alrededor del mundo que han encontrado en la enseñanza a través de Internet una oportunidad de desarrollo personal y profesional. Y tal como ha sucedido con tantas otras áreas del desarrollo humano, la tecnología ha tomado poco tiempo en pasar de ser una novedad a ser una necesidad y una parte sustancial del desarrollo institucional de las entidades educacionales.

La especial dificultad que este último campo conlleva para el mundo del derecho, radica en la convergencia de intereses que van más allá de la tensión entre educación y propiedad. Más allá de las nuevas oportunidades para estudiantes e instituciones educacionales, la enseñanza en línea implica cambios sustanciales en la forma misma de enseñar y aprender. El elemento tecnológico en este contexto implica que el tradicional uso didáctico de obras protegidas, pasa por formas de utilización que pueden estar reñidas con las posibilidades incluidas entre las limitaciones y excepciones que contemple cada legislación; además, la enseñanza en línea entre países distintos puede significar violaciones de distinto tipo. Es posible, por ejemplo, que gracias a esta utilización una obra se vuelva accesible de

manera gratuita al público general, bajo el costo de pérdida del potencial de explotación económica legítima. Puede ocurrir también que el amparo del uso educativo permita una disminución de costos para las instituciones de educación, en perjuicio del esfuerzo de autores, editores, productores, etcétera. La imaginación permite vislumbrar muchos otros escenarios inciertos. Pero evitar los problemas no puede llevarnos a supuestos extremos, como la supresión de las limitaciones o excepciones (negando el uso de obras protegidas), o el otorgamiento de exagerados permisos de utilización.

En definitiva, existe un nuevo escenario en el cual el alcance del equilibrio antes mencionado requiere soluciones normativas distintas de las tradicionalmente conocidas. Los primeros esfuerzos regulatorios tendientes a tal objetivo llevan ya algunos años de vigencia. Entre ellos, uno de los más notables es la Ley de Armonización de Tecnología, Educación y Derecho de Autor (*TEACH Act*) en los Estados Unidos de América. Esta ley destaca por su carácter innovador y detallado, abordando de manera directa las distintas características y necesidades de la enseñanza en línea. La Ley TEACH, desde su entrada en vigencia el año 2002, configuró toda una nueva institucionalidad para las actividades de enseñanza en línea que incluyeran el uso de obras protegidas por derechos de autor y conexos, estableciendo diversas obligaciones, especialmente para entidades educadoras y profesores, y recibiendo asimismo un sinnúmero de críticas por su rigurosidad.

A su estudio nos dedicaremos en este texto, con miras a examinar los efectos y las dificultades que un sistema como el estadounidense puede traer tanto a los educadores como a los educandos en el desarrollo de la educación a distancia por vía digital. Los elementos a considerar, los grandes temas que convergen en la enseñanza en línea, serán objeto de nuestro estudio en una primera parte. La



búsqueda del equilibrio de intereses de la que hemos venido hablando ocupará nuestra atención con posterioridad. Finalmente, y una vez comprendidos los elementos en juego, estudiaremos de forma pormenorizada la nueva normativa estadounidense, analizando la conveniencia (o la falta de ella) de una normativa de esta naturaleza en la regulación de la relación entre enseñanza en línea y derechos de autor para la satisfacción de los distintos intereses.

Es evidente que la realidad normativa en nuestro país es muy distinta, en razón de lo que se caracteriza como una deficiencia general de nuestra legislación sobre propiedad intelectual, que es su insuficiencia en aspectos relacionados con la tecnología. Esta misma situación ha puesto en relieve la necesidad de reformas, como también nos da la oportunidad de establecer en nuestro país una regulación que permita un desarrollo cuantitativo y cualitativo de la educación en línea. Alcanzar el equilibrio en nuestro país no significaría un beneficio para una actividad particular, sino para el desarrollo mismo de la educación institucional del país, lo que finalmente incide en la calidad misma de los programas ofrecidos en la educación en todas sus etapas. Mejoras como ésta ayudan a que la educación sirva a su cometido de motor de progreso y desarrollo económico del país. La intención de este estudio es contribuir al logro de ese objetivo.

# CAPÍTULO I

## EL DERECHO DE AUTOR Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

### 1. Síntesis histórica

Las creaciones intelectuales han acompañado a la humanidad desde sus inicios, como inequívocas formas de expresión de ideas y sentimientos. El desarrollo mental que distingue al hombre de otros seres vivos, permite a la humanidad un progreso que hasta hoy parece no tener límite. Como apunta SATANOWSKY, “[g]racias a su intelecto crece su cultura, descubre y aprovecha la verdad y la belleza”.<sup>2</sup>

La “protección” de los intereses del autor sobre la creación, que hoy consideramos necesaria para estimular esta idea de la producción intelectual como factor de progreso, no siempre ha estado allí. Es decir, la protección a título de propiedad intelectual es una elaboración moderna, siendo un hito en su formación la invención de la imprenta con tipos móviles en el siglo XV. Con anterioridad a ello, las obras artísticas, así como los manuscritos, se regían por la propiedad común.<sup>3</sup>

La aparición de este avance permitió una mucho más rápida producción de copias de libros, a un costo significativamente inferior al de los sistemas anteriores de copia o de impresión, y en consecuencia, con mejores posibilidades de difusión

---

<sup>2</sup> SATANOWSKY, Isidro, *Derecho Intelectual*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954, p. 7.

<sup>3</sup> LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Buenos Aires, 1993, pp. 28-29. No obstante, SATANOWSKY (*op. cit.*, p. 9), ANTEQUERA (*El nuevo régimen de Derecho de Autor en Venezuela*, Venezuela, Autoralex, 1994, p. 229) y otros autores citados por LIPSZYC (*ídem*), identifican un reconocimiento del derecho de autor en la conciencia popular, y un castigo moral, un severo reproche de la sociedad a los autores de plagio.

de las obras impresas. Esto llevó a reconocer la importancia de la protección contra la copia no autorizada de libros, y junto con ello, la necesidad de una regulación especial.

El ya célebre Estatuto de la Reina Ana (*Statute of Anne*), promulgado por el Parlamento Británico en 1710, es reconocido como la primera ley de derecho de autor en el mundo.<sup>4</sup> Con anterioridad a esta ley, lo que existía en los países europeos eran “privilegios”, exclusividades o monopolios de explotación para la impresión de obras antiguas; un favor entregado a los impresores y editores, por tiempo limitado, revocable por el mismo gobierno que lo otorgaba. Para las obras nuevas la exclusividad no existía, requiriéndose para la edición una revisión previa, es decir, superar la censura.

El factor que convirtió al Estatuto de la Reina Ana en un hito de la regulación del derecho de autor, es el reconocimiento que hizo de los derechos de los autores mismos, que ya no de los editores o impresores, a autorizar la impresión de copias de sus obras literarias, exigiéndose como condiciones la mención al *copyright* en cada ejemplar, el depósito en nueve universidades o bibliotecas, y la inscripción del título de la obra.

Otros países siguieron el ejemplo, notablemente los Estados Unidos de América (Constitución de 1787, *Federal Copyright Act* de 1790), la Francia Prerrevolucionaria (decretos de Luis XVI en 1777, para escritores) y la Revolucionaria (dos decretos de 1791 y 1793, para autores de obras dramáticas, artísticas, musicales y literarias), España (ordenanzas de Carlos III de 1763 y 1764,

---

<sup>4</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos*. Documento OMPI/DA/ANG/99/5, del 1 de julio de 1999, preparado por la Oficina Internacional de la OMPI.

leyes del siglo XIX), los Estados germánicos y Austria (en el siglo XIX), y algunos países latinoamericanos, Chile incluido (en el período de la codificación).

Dado el carácter territorial de la protección otorgada por las distintas legislaciones, y la necesidad de que las obras fueran igualmente protegidas fuera de las fronteras del país del autor, fueron firmados acuerdos bilaterales entre países europeos durante el siglo XIX, pero una protección uniforme se hizo necesaria. Así nació el primer acuerdo internacional en materia de protección de derechos de autor: el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, adoptado el 9 de septiembre de 1886, en la ciudad de Berna, en Suiza, con numerosas revisiones.

En el siglo XX, encontramos un hito en la protección del derecho de autor con el reconocimiento como *derecho humano* de la propiedad intelectual y del derecho a la participación en la cultura,<sup>5</sup> con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en los siguientes términos:

Artículo 27

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

---

<sup>5</sup> Muy poco tiempo antes, algo similar había sido contemplado en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (Art. XIII). En 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce derechos humanos similares (Art. 15).

## 2. Derecho de autor y cultura

La consagración del derecho de autor como derecho fundamental, como hemos visto, es simultánea al reconocimiento a cierto “derecho a la cultura”, en instrumentos tales como el Artículo XIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, el Artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, el Artículo 15 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 o el Capítulo III de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Este derecho al acceso a la cultura, que supone el derecho a la educación (al que nos referiremos en un capítulo aparte) y a participar en la vida artística y cultural, tiene por contenido la facultad de los individuos de reclamar el acceso, uso y transmisión de la herencia cultural a fin de disfrutar la riqueza artística e histórica de un pueblo y de la humanidad. En lo concreto, apunta a validar el derecho que tienen las personas a perfeccionar su condición humana, objetivo final de la cultura. Se trata de un derecho que apunta a un ideal, a un anhelo comunitario.

En definitiva, tenemos un derecho de acceso a la cultura y participación en la vida cultural que, diremos, tiene por beneficiaria a la comunidad en general. Situación opuesta a la de los derechos exclusivos otorgados a autores y cesionarios a título de derechos de autor, protección con la que no obstante está estrechamente vinculada. Una cultura se sostiene gracias a la permanencia de los elementos que la definen, al testimonio plasmado en las obras de los autores, creadores y verdaderos aseguradores de la continuidad cultural de cada pueblo. Tenemos, entonces, al creador de cultura, y a la comunidad que puede gozar del

enriquecimiento de su cultura a través de su participación en ella. El aporte del autor es reconocido a través de la entrega de derechos exclusivos sobre su obra, que a su vez sirven de incentivo a la creación y a un ulterior enriquecimiento cultural.

Con el paso del tiempo, las obras de los autores ganaron importancia como bienes transables y fuente de gran potencial de aprovechamiento económico, tanto para los autores mismos como para los demás intervinientes en la cadena de difusión de obras. La obra se convirtió en un objeto susceptible de explotación altamente lucrativa, generándose industrias de bienes culturales. La regulación varió como forma de protección, para prevenir atentados contra los derechos exclusivos detentados por autores y titulares de derechos, a menudo haciendo subir los costos sociales de un mayor acceso a la cultura.

Pareciera ser que los intereses –universalmente defendidos– de los creadores y de titulares de derechos, se enfrentan al interés en el libre ejercicio del derecho al acceso a la cultura por la comunidad. Es por ello que desde su consagración, se ha dado importancia al necesario equilibrio de intereses. Sobre esto volveremos en un capítulo posterior.

### **3. La protección de la creación intelectual**

#### **3.1 Propiedad intelectual y derecho de autor**

En un sentido amplio, puede entenderse a la propiedad intelectual como el marco de diferentes sistemas normativos que tienen por objeto la protección de bienes inmateriales de naturaleza intelectual, y de sus actividades afines o

conexas.<sup>6</sup> La protección de creaciones intelectuales a título de propiedad intelectual se da por diversos motivos. Por una parte, la necesidad de dar expresión normativa a los derechos morales y patrimoniales de los creadores respecto de sus obras, y los derechos del público a acceder a tales creaciones. Por otra parte, para promover la creatividad y la aplicación de los resultados del proceso creativo intelectual, y estimular un intercambio justo que contribuya al desarrollo económico y social.<sup>7</sup>

Es ya tradicional distinguir dos grandes ramas de la propiedad intelectual según el objeto en que recae la creación del intelecto, a saber, el derecho de autor y la propiedad industrial. En el Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI, la organización que administra el Convenio de Berna), firmado en Estocolmo el 14 de julio de 1967, se recoge este concepto amplio de propiedad intelectual (Art. 2(viii)), entendiéndose por ésta a:

“[...] los derechos relativos:

- a las obras literarias, artísticas y científicas,
- a las interpretaciones de los artistas intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes, a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión,
- a las invenciones en todos los campos de la actividad humana,
- a los descubrimientos científicos,
- a los dibujos y modelos industriales,
- a las marcas de fábrica, de comercio y de servicio, así como a los nombres y denominaciones comerciales,
- a la protección contra la competencia desleal,

y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico, literario y artístico.”

---

<sup>6</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos*, en el Séptimo curso académico regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/3 del 11 de agosto de 2000.

<sup>7</sup> ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*. Publicación N° 489, segunda edición. Ginebra, 2004, p. 3.

Las áreas referidas a las obras literarias, artísticas y científicas pertenecen a la rama del *derecho de autor*; las relacionadas a interpretaciones y ejecuciones, fonogramas y radiodifusión son conocidas como *derechos conexos*. Las referidas a invenciones, diseños industriales, marcas de comercio y servicio, y nombres y denominaciones comerciales constituyen la rama de la *propiedad industrial*; dentro de la misma podría incluirse al último punto, referido a la protección de la libre competencia.<sup>8</sup> El listado no es taxativo, sino que la protección queda abierta a nuevas modalidades creativas, que pudieren integrarse a cualquiera de los dos grandes grupos.<sup>9</sup>

Por lo demás, como señala ANTEQUERA, “podemos encontrar entre esos dos grandes grupos un común denominador: que el objeto protegido está constituido por un bien inmaterial, en algunos casos creativo (como en las obras literarias y artísticas, y en las invenciones industriales) y en otros, por lo menos, vinculado a la producción intelectual, al menos por razón de su ‘*distintividad*’ (como ocurre en las marcas de productos y de servicios)”.<sup>10</sup>

Por su naturaleza, las creaciones intelectuales son un muy especial objeto sobre el cual ejercer derechos. Ello ha dado lugar a una extensa discusión respecto de la naturaleza del derecho de autor<sup>11</sup>, en particular sobre si es adecuado el uso del vocablo *propiedad* al referirse a ello, y si puede incluirse dentro de ese concepto

---

<sup>8</sup> El Artículo 1(2) del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial incluye entre las áreas objeto de protección de la propiedad industrial a “la represión de la competencia desleal”. Según el Artículo 10(2) “Constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”.

<sup>9</sup> Es también útil señalar que dentro de la propiedad industrial existen subsistemas, con distinta regulación, dada la heterogeneidad de objetos protegidos. Hablamos así de *derecho marcario*, cuyo objeto son las marcas, símbolos, denominaciones y lemas comerciales, y el *derecho invencional*, que regula la creación técnica, la invención industrial, etc.

<sup>10</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Propiedad Intelectual...*, *op. cit.*

<sup>11</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, *op. cit.*, pp. 19-27.



general. Se entiende que las obras intelectuales no tienen el mismo carácter de las cosas incorporales –equivalentes, en Chile, a los derechos reales o personales-, y por tanto, su reconocimiento legal es siempre especial. Si tomamos como ejemplo el caso chileno (*vide infra*, apartado 4.2), estamos en presencia de una “especie de propiedad”, reconocida así a nivel constitucional, y regida por normas especiales.

Pero el intento de elucidación de la naturaleza del derecho de autor es la búsqueda de una solución a un problema más bien etéreo, de importancia meramente teórica, toda vez que, como indica SATANOWSKY, “si ese derecho del autor es o no jurídica o técnicamente una ‘propiedad’, es secundario, pues los caracteres, efectos, extensión y duración del derecho intelectual están perfectamente determinados por la ley, la doctrina y la jurisprudencia”.<sup>12</sup> Es decir, para esta propiedad especial, debemos remitirnos a las reglas especiales que la rigen. Por otro lado, los términos usados por las legislaciones y el sentido y extensión que se le den, no serán siempre los mismos.

Entendido ya como una especie del género propiedad intelectual, es posible definir al derecho de autor como “la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que presentan individualidad resultantes de su actividad intelectual”,<sup>13</sup> o como “el sistema normativo, integrado dentro del marco de la ‘propiedad intelectual’, que atribuye derechos subjetivos al autor sobre sus producciones intelectuales que tengan características de originalidad, en el dominio literario, artístico o científico”.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> SATANOWSKY, *op. cit.*, p. 35.

<sup>13</sup> LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>14</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Propiedad Intelectual...*, *op. cit.*

### 3.2 Derecho de autor y *copyright*

El sistema de tradición jurídica romano-germánica de protección de derecho de autor difiere del sistema del *copyright*, presente en los países de tradición en el *common law*, quizás no tanto en las consecuencias prácticas de tutela como en su trasfondo. Entre las características que diferencian al *copyright* del *droit d'auteur* podemos mencionar:

- la orientación comercial del *copyright*, verificable desde su denominación, literalmente “derecho de copia”;
- la cobertura en el *copyright* de prestaciones sobre las que no existe autoría propiamente tal, y que en el sistema latino son protegidas bajo el título de “derechos conexos” al derecho de autor;
- la exigencia en el *copyright* de fijación en un soporte material de la obra como requisito para su protección (en algunos países del sistema de derecho de autor, se da solamente para ciertas clases de obras);
- el reconocimiento de la titularidad originaria de derechos en personas jurídicas en el *copyright*; y
- hasta la penúltima década del siglo XX, la entrega de la determinación de los derechos morales a la jurisprudencia (que no a la ley) en el *copyright*, como consecuencia de su distinto sistema legal y judicial;
- de manera especialmente sensible, la distinta estructuración de sus sistemas de usos libres y su potencial amplitud bajo criterios generales de uso leal en el *copyright* (en oposición al sistema de excepciones y limitaciones taxativas en el derecho continental).

Con todo, la armonización que trajo consigo la aprobación de tratados como el Convenio de Berna por países de las distintas tradiciones, además de la proliferación de tratados comerciales entre países y la generalización de los

problemas enfrentados por la regulación de la propiedad intelectual en los últimos años, han llevado a la atenuación –y en algunos casos, a la desaparición– de las diferencias existentes.

#### 4. Consagración y regulación del derecho de autor

##### 4.1 A nivel internacional

La **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, en su artículo 27 (*vide supra*), y el **Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales** de 1966, en el artículo 14.1,<sup>15</sup> se encargan, como mencionamos anteriormente, de la consagración a nivel de derechos fundamentales de los intereses de los autores sobre sus creaciones intelectuales, consagrando de manera conjunta el derecho al acceso a la cultura. Esto tiene consecuencias importantes, que estudiaremos más adelante.

El **Convenio de Berna (CB)**, el texto normativo más importante en materia de derechos de autor a nivel internacional, ha sufrido diversas modificaciones, motivadas principalmente por el avance tecnológico alcanzado durante el siglo XX, como asimismo por la necesidad de disposiciones especiales para los países en vías de desarrollo. La más reciente y aún en vigencia es la revisión de París de 1971. El Convenio de Berna cuenta hoy con 163 partes contratantes<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Artículo 15. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

- a) Participar en la vida cultural;
- b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
- c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

<sup>16</sup> El listado actualizado está disponible en la página oficial de la OMPI en Internet, en: <<http://www.wipo.int>>.

Caracteriza al Convenio de Berna la presencia de dos principios básicos. El primero es el de “trato nacional” o protección en la misma forma para las obras originadas en otro país miembro que para las de sus nacionales. Análogamente, la primera publicación en un país miembro de la obra de un nacional de un país que no es parte contratante, implica la misma protección. El segundo principio es el de “protección mínima”, es decir, las legislaciones internas deben proporcionar niveles de protección iguales o superiores a los del Convenio, nunca inferiores.

Las obras deben ser protegidas, conforme al Convenio, sin ser condición para ello el cumplimiento de formalidad alguna. El Artículo 2 incluye una lista de obras protegidas, sin carácter taxativo.<sup>17</sup>

La titularidad de los derechos consagrados en el Convenio corresponde al autor y a sus cesionarios (Art. 2.6), permitiéndose la determinación de la titularidad de ciertas categorías de obras (como las cinematográficas) a las legislaciones nacionales.

En cuanto al contenido del derecho de autor, el Convenio concede como derechos exclusivos los de traducción (Art. 8); de reproducción de cualquier forma o por cualquier método (Art. 9); de representación o ejecución pública de las obras dramáticas, musicales y dramático-musicales (Art. 11); de radiodifusión y de comunicación al público de la obra radiodifundida (Art. 11bis); de recitación pública (Art. 11ter); de adaptación y transformación (Art. 12); y de adaptación y reproducción cinematográfica (Art. 14). Se establece el *droit de suite*, derecho a participar en las ventas de las obras de arte y manuscritos originales de los autores o compositores, si lo permite la ley interna y existe reciprocidad.

---

<sup>17</sup> Sobre las obras como objeto de protección, *vid. infra*, apartado 5 de este capítulo.

El Convenio se refiere también a los derechos morales, consagrando (Art. 6bis) el derecho a revindicar la paternidad de su obra, y de oponerse a cualquier modificación o atentado a la obra que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

Por otro lado, el Convenio de Berna contempla la posibilidad de limitar los derechos patrimoniales, a través de las utilidades libres de obras protegidas: casos especiales de reproducción (Art. 9.2), citas y uso a título de ilustración de la enseñanza (Art. 10), reproducción de artículos periodísticos y utilización con fines informativos (Art. 10bis), y grabaciones efímeras con fines de radiodifusión (Art. 11bis). También permite conceder licencias no voluntarias (es decir, remuneradas, pero sin necesidad de requerir autorización): derecho de radiodifusión y comunicación al público (Art. 11bis) y derecho de autorizar la grabación sonora de obras musicales cuya grabación haya sido autorizada (Art. 13.1). Respecto del derecho de reproducción, se establece lo que se conoce como la “regla de los tres pasos”: las limitaciones deben referirse a casos especiales, en que no se atente contra la explotación normal de la obra ni se cause perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

El Convenio de Berna establece un plazo mínimo de protección (Art. 7), equivalente a la vida del autor más cincuenta años después de su muerte (o de la muerte del último autor en colaboración), (art. 7.1), salvo en los casos en que el período de tutela puede calcularse, no a partir del año siguiente a la muerte del autor, sino de aquel en que la obra se realizó, como en las obras fotográficas y de arte aplicado (Art. 7.4), o en que la obra se hizo accesible al público o fue realizada, según corresponda, como en las obras cinematográficas (Art. 7.2) y en las obras anónimas y seudónimas (Art. 7.3).

El Anexo al Convenio de Berna establece como privilegio para los países en desarrollo la posibilidad de conceder licencias no voluntarias respecto de la traducción y la reproducción, con fines de uso en el campo educativo, de obras protegidas en virtud del Convenio, bajo ciertos requisitos.

El Convenio de Berna rige en Chile desde 1970. El Acta de París de 1971 entró en vigor el día 10 de julio de 1975.

Encontramos, paralelamente, a la **Convención Universal sobre Derecho de Autor**, firmada en Ginebra el 6 de septiembre de 1952, administrada por la organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), surgida para suplir la falta de adhesión de varios países al Convenio de Berna, estableciendo un nivel inferior de protección, y reconociendo la primacía del Convenio de Berna allí donde éste estuviere vigente.

La Convención contempla el compromiso de los Estados Contratantes a adoptar las medidas necesarias para asegurar una tutela “suficiente y efectiva” a los autores y otros titulares de derechos sobre las obras. Consagra asimismo el principio de trato nacional, dejando a las legislaciones internas las disposiciones sobre asimilación de extranjeros a nacionales (Art. II).

En la Convención, se consideran satisfechas las formalidades fijadas como condiciones para la tutela a nivel interno, si desde la primera publicación de la obra, sus ejemplares llevan el símbolo ©, acompañado del nombre del titular de derechos de autor y el año de primera publicación. Esto sin perjuicio del establecimiento de formalidades para el goce y ejercicio del derecho de autor para sus nacionales o para las obras publicadas por primera vez en su territorio (Art. III).

La duración de la protección se rige por la ley interna, y no puede ser inferior a la vida del autor más veinticinco años después de su muerte, o después de la primera publicación en algunos casos. Para las obras fotográficas y las de arte aplicado (que estén protegidas como obras artísticas), no puede ser inferior a diez años (Art. IV).

Se reconocen como derechos exclusivos sólo los de carácter patrimonial, específicamente los de reproducción, representación y ejecución pública, radiodifusión, adaptación (Art. IV bis) y traducción (Art. V), con una posibilidad amplia de establecer excepciones que no sean contrarias al espíritu de la Convención.

Chile formó parte del grupo que suscribió en Ginebra la Convención en 1952, pero no ha adherido a la Revisión de París de 1971, llevada a cabo en paralelo con la revisión del Convenio de Berna.

A fines de 1993, dentro de la Ronda Uruguay de las negociaciones del GATT (hoy Organización Mundial del Comercio, OMC), se firmó un nuevo acuerdo internacional en materia de derechos de autor (y derechos conexos, en este caso): el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o **Acuerdo sobre los ADPIC** (o TRIPS, por su sigla en inglés), vigente desde 1996. El Acuerdo obliga a los países a cumplir con la parte sustantiva del Acta de París del Convenio de Berna (los Artículos 1 al 21, salvo 6bis, y el Anexo), como requisito para su membresía en la Organización Mundial del Comercio.

El Acuerdo precisa que no crea nuevos derechos ni obligaciones respecto de derechos morales, y explicita el principio de protección por derecho de autor de expresiones y no ideas, conceptos, procedimientos o métodos en sí (Art. 2.1 del Acuerdo).

En un aspecto especialmente relevante para nuestro estudio, el Acuerdo exige a los miembros la protección expresa de los programas de ordenador o *software* como obras literarias. En términos similares a los de las colecciones de obras en el Convenio de Berna, establece también la protección de las compilaciones y bases de datos (Art. 10.2).

Pero podemos entender lo recién expresado como una mera aclaración del sentido de las disposiciones del Convenio de Berna. Innova, no obstante, al prever (Art. 11) el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de originales o copias del soporte de obras protegidas, que los miembros deben conferir a los autores “al menos” respecto del *software* y las obras audiovisuales.

Tal como el Convenio de Berna, establece un período de protección de la vida del autor más cincuenta años *post mortem auctoris*, y si no se puede tener tal parámetro de cálculo, cincuenta años contados desde el fin del año de la publicación autorizada o de la realización de la obra.<sup>18</sup> Las limitaciones o excepciones a los derechos exclusivos, deben circunscribirse a determinados casos especiales que no impidan la explotación normal de la obra ni perjudiquen de

---

<sup>18</sup> Existe una diferencia en el criterio de cálculo entre el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC, al contar aquél desde la “divulgación”, y éste desde la “publicación” de la obra. Una obra puede encontrarse divulgada, es decir, accesible al público, lo que es distinto de la obra publicada, la editada con el consentimiento del autor independientemente del modo de producción de ejemplares. Cfr. ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *El Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT)*, en el XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/1, del 26 de octubre de 2005.



modo injustificado los legítimos intereses del titular de los derechos (Art. 13), lo que sumado configura el concepto de “usos honrados”.

Como consecuencia del fuerte avance tecnológico experimentado en el último cuarto del siglo XX, especialmente en el área de las comunicaciones planetarias con la explosiva masificación de Internet. Estas circunstancias motivaron el estudio y la adopción de dos nuevos instrumentos internacionales: el **Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor** (TODA, o WCT por su sigla en inglés) y el **Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas** (TOIEF, o WPPT por su sigla en inglés). Ambos tratados, conocidos también como “Tratados Internet”, rigen en Chile desde comienzos de 2002.

El TODA es oficialmente un “arreglo particular en el sentido del Artículo 20 del Convenio de Berna”, sin conexión con tratados distintos a éste y sin perjuicio de los derechos otorgados por otros instrumentos internacionales, y obliga, tal como el Acuerdo sobre los ADPIC, al cumplimiento de la parte sustantiva del Convenio de Berna. Gran parte del articulado del TODA es aclaración o profundización de aspectos ya cubiertos por el Convenio de Berna.

Respecto de la protección del *software* y de las bases de datos, el derecho de arrendamiento y el principio de los “usos honrados”, la regulación es del mismo alcance que en el Acuerdo sobre los ADPIC.

En cuanto al contenido de la protección, es consagrado de manera expresa el derecho de distribución, contemplado en el TODA en su sentido restringido, es decir, como un derecho exclusivo del autor a autorizar la puesta a disposición de ejemplares o copias de una obra mediante venta u otra transferencia de la propiedad, siendo el arrendamiento y el préstamo explotaciones distintas.

El derecho de comunicación pública y las transmisiones digitales interactivas son expresamente considerados en el TODA (Art. 8), al hacerse cargo de las transmisiones interactivas o “a la carta” que son características de Internet, evitando así vacíos interpretativos. La autorización para esta forma de puesta a disposición al público, evidentemente, es un derecho exclusivo de los autores.

El derecho de reproducción no fue considerado de forma específica en el texto del TODA, sino en Declaraciones Concertadas adoptadas por la Conferencia Diplomática, que establecen que es aplicable plenamente al medio digital, como también lo son las limitaciones y excepciones permitidas a ese derecho.

El Art. 10 del TODA incorpora la exigencia del criterio de tres pasos para establecer limitaciones y excepciones, extendiendo su aplicación a todos los derechos. Conforme a las Declaraciones Concertadas, dichas limitaciones y excepciones, deben extenderse al medio digital; pueden también los Estados miembros contemplar excepciones y limitaciones nuevas, apropiadas al medio digital, siempre bajo el triple criterio.

El TODA (como también el TOIEF para los derechos conexos) obliga a proveer protección legal adecuada y remedios eficaces contra las acciones de elusión de medidas tecnológicas usadas para proteger los derechos de autor (Art. 11).

Los tratados antes revisados tienen la particularidad de no cubrir solamente aspectos relacionados con el derecho de autor, sino también con los derechos conexos (especialmente el Acuerdo sobre los ADPIC). No obstante, existen otros textos normativos internacionales de importancia que se refieren específicamente a

estos derechos, de creciente importancia como producto de la evolución tecnológica. Entre ellos cabe mencionar, en primer lugar, la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión o Convención de Roma de 1961; el mencionado Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF), que contempla derechos análogos a los del TODA para artistas intérpretes y ejecutantes y productores de fonogramas; el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas o Convenio Fonogramas de 1971; el Convenio sobre la Distribución de Señales Portadoras de Programas Transmitidas por Satélite o Convenio Satélites de 1974 (no vigente en Chile).

#### 4.2 A nivel nacional

La **Constitución Política de la República**, como antes hemos dicho, garantiza el derecho de autor y la propiedad industrial (Art. 19 N° 25), haciendo aplicable a ambas ramas de la propiedad intelectual las garantías del dominio relativas al mandato de regulación por vía legal de su utilización y sus restricciones, destacándose la mención a la “función social” de la propiedad.

En el caso del derecho de autor, conforme a la Constitución éste 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” (cursivas nuestras), asimilándose así al dominio común, al menos desde el punto de vista formal.

Por otro lado, el Artículo 5° inciso 2° de la Constitución obliga al respeto de los derechos humanos consagrados en su texto, como también de aquellos consagrados en tratados internacionales, como algunos de los antes revisados.

El **Código Civil** califica como “una propiedad de sus autores” a las creaciones intelectuales, disponiendo que “[e]sta especie de propiedad se registrará por leyes especiales” (Art. 584). Las leyes especiales destinadas a la regulación de la propiedad intelectual en Chile son la Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual y la Ley N° 19.039 sobre Propiedad Industrial.

La **Ley sobre Propiedad Intelectual** (LPI) data de 1970, y su texto ha sido modificado y actualizado en numerosas ocasiones, la más reciente en enero de 2004. Recoge, en general, los lineamientos y criterios establecidos en el Convenio de Berna. Regula no tan sólo los derechos de los autores, sino también derechos conexos de productores de fonogramas, artistas intérpretes y ejecutantes, y organismos de radiodifusión (Art. 2), y reconoce el principio de trato nacional para los extranjeros.

La Ley 17.336 admite la protección por el solo hecho de la creación. No define a la obra, pero hace un listado ejemplar, que incluye a los programas computacionales y las bases de datos. Otorga la titularidad originaria al autor, y contempla diversos supuestos de presunción de autoría (Capítulo II), y casos especiales de titularidad de derechos (Capítulo V, párrafo II).

La duración de la tutela se extiende por la vida del autor y hasta setenta años *post mortem auctoris* (Art. 10), con reglas distintas para el cálculo para casos especiales, que toman como parámetro el año de publicación autorizada de la obra u otros criterios (Arts. 12, 13), y reglas especiales para derechos conexos (Art. 70).

La Ley reconoce los derechos morales de reivindicación de paternidad, oposición a la modificación, mantención de la condición de inédita, anónima o

seudónima y autorización de terminación de la obra inconclusa (Art. 14). En cuanto a los derechos patrimoniales, señala un listado de formas de utilización vagamente definidas, que en definitiva abundan sobre el derecho exclusivo del autor a la explotación de su obra, en todas las formas posibles (Arts. 17 y 18). La Ley regula también la exclusividad de los derechos de explotación para las prestaciones protegidas por derechos conexos. Hace también reglas especiales para casos específicos, entre los que se incluye el derecho sobre el arrendamiento de los programas computacionales del Art. 11 del TODA.

La Ley sobre Propiedad Intelectual contempla diversas excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos, para usos libres y gratuitos, entre ellos: ciertos casos de comunicación pública (Arts. 42 y 47 inciso 1º), derecho de cita (Art. 38), reproducción con fines informativos (Art. 40) y de ilustración de la enseñanza (Art. 41); reproducción de obras plásticas (Arts. 43 y 44); copia de seguridad de *software* (Art. 47 inciso 2º), entre otras.

El alcance de esta ley está delimitado por su reglamento, el Decreto Supremo N° 1.122 del Ministerio de Educación, de 1971.

## **5. La obra como objeto de protección**

Es la existencia de la obra la que determina la protección jurídica a título de derecho de autor. Es decir, comprobado que estamos en presencia de un objeto con características de obra intelectual, automáticamente estaremos bajo la aplicación de la normativa sobre derecho de autor, sin necesidad de sujetarse al cumplimiento de formalidades administrativas.

En este contexto, al hablar de *obra*, no nos referimos a la expresión general alguna “cosa hecha o producida por un agente”, es decir, a cualquier producto del trabajo humano, sino a un “producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia”,<sup>19</sup> es decir, a algo más relacionado con el proceso creativo del autor. En las elocuentes palabras de SATANOWSKY, la obra es una “expresión personal perceptible original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo, que sea una creación integral”.<sup>20</sup> En términos más simples, pero de no menor peso, para la OMPI es obra “toda creación intelectual original expresada en una forma reproducible”.<sup>21</sup>

Es común que las legislaciones omitan una definición de obra (es el caso de Chile), aun cuando dan definiciones de algunas de sus clasificaciones. Lo mismo ocurre con el Convenio de Berna, cuyo texto ha sido modificado en varias ocasiones para hacer expreso el amplio alcance que busca dársele al concepto de obra intelectual. El Convenio que se limita a indicar (Art. 1) que se encuentran protegidos por el Convenio los derechos de los autores sobre “sus obras literarias y artísticas”. A continuación (Art. 2) da una lista enunciativa con carácter ejemplar, que queda abierta a otros modos o formas de expresión de obras.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> “Obra”, en *Diccionario de la Real Academia Española*, XXIIª Edición, Madrid, 2001.

<sup>20</sup> SATANOWSKY, *op. cit.*, p. 153

<sup>21</sup> “Obra”, en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*, Ginebra, 1980.

<sup>22</sup> “La finalidad del primer párrafo del Artículo 2 es definir la expresión ‘obras literarias y artísticas’. Lo hace con arreglo a dos criterios: la terminología empleada comprende el conjunto de las producciones pertenecientes a las esferas literaria, científica y artística, y descarta cualquier limitación relativa al modo o a la forma de expresión de las obras”. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*, Ginebra, 1978.

A falta de una definición convencional, y a partir de una interpretación integral del Convenio de Berna, ANTEQUERA destaca las principales características de la noción de *obra* que utilizamos en el contexto del derecho de autor:

- i) que pertenezca al dominio literario o artístico;
- ii) que tenga una forma de expresión;
- iii) que la protección es independiente del modo o forma de expresión; y
- iv) que esa forma de expresión debe tener características de originalidad.<sup>23</sup>

Así, para ANTEQUERA, “la obra es la forma de expresión de una idea literaria, artística o científica que, producto del talento humano, se realiza y concreta en una creación intelectual, con características de originalidad, susceptible de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento”.<sup>24</sup> Explicitando algunos elementos subentendidos, la obra es para LIPSZYC “la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una *forma perceptible*, tiene originalidad o *individualidad* suficiente, y es apta para ser *difundida* y reproducida” (hemos destacado).<sup>25</sup>

La pertenencia al dominio literario o artístico de las obras intelectuales es una característica referida a la naturaleza de las obras, que no a su contenido, pues el objeto de protección es la forma de expresión de la obra independientemente de su finalidad, utilidad o destino, o de su valor artístico, educativo o de otra clase.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos*. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/10 del 11 de agosto de 2000.

<sup>24</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *El nuevo régimen de Derecho de Autor en Venezuela*, Venezuela, Autoralex, 1994, p. 53.

<sup>25</sup> LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, *op. cit.*, p. 61.

<sup>26</sup> También se entiende que no se excluyen de tutela las obras que puedan atentar contra el orden público o la moral, lo que no obsta a que en esos casos se pueda limitar la distribución o la comunicación pública de las mismas, es decir, limitar la *explotación* de las obras.

Por ello resulta innecesaria la mención al “campo científico” que se hace en algunas legislaciones y en el Convenio de Berna (Art. 2).<sup>27</sup>

La forma de expresión es necesaria, pues es ella lo que se convierte en objeto de protección. Pero no es relevante cual sea esta forma de expresión, es decir, cual sea la forma de exteriorización, ni la forma de utilización o difusión de la obra. En tanto la expresión exista, hay protección. Ello es distinto, no obstante, a la fijación de la obra como objeto de protección (*corpus mysticum*), es decir, a su traslado a un soporte físico (*corpus mechanicum*), como el conjunto de hojas que forma un libro o el disco que contiene información digitalizada. Conforme al Convenio de Berna (Art. 2.2) puede o no ser exigido por las legislaciones nacionales como prueba de la creación y requisito para la protección, o bien puede ser exigido para ciertas clases de obras (como es el caso de Chile respecto de las obras coreográficas y pantomímicas), con lo que la discusión doctrinaria sobre la necesidad de fijación material de la obra<sup>28</sup> pierde importancia práctica.

El requisito de originalidad, por su parte, se refiere “a su ‘individualidad’ [de la obra] (y no a la novedad *stricto sensu*), es decir, que el producto creativo, por

---

<sup>27</sup> LIPSZYC, siguiendo a DESBOIS, opina que en las obras científicas “la impronta de la personalidad del autor se encontrará pues, no tanto en la composición, [...] sino en la selección de los elementos, en los detalles y en la forma de la expresión”. LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*, op. cit., p 88.

<sup>28</sup> Según la *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas* (op. cit.), “ciertos legisladores estiman que para identificar la obra, para determinar su carácter y para evitar cualquier confusión con las aportaciones de personas distintas del autor, es necesaria cierta forma material [...] [L]a fijación no es una formalidad [administrativa de constitución de derechos de autor] [...] sino que es una especie de prueba de la existencia de la obra. Según otras escuelas doctrinales, la fijación de la obra en un soporte material no debe ser condición indispensable de la protección, incluso en materia cinematográfica, puede haber películas ‘no fijadas’ que [...] debe[n] poder protegerse contra las grabaciones que un tercero efectúe sirviéndose de un aparato tomavistas. Según ciertas legislaciones, el momento de la primera fijación es aquel en el que la obra queda realizada, es decir, el de su nacimiento. Incluso, cuando se exige la fijación como medio de prueba, hay una escuela que opina que, si una conferencia revista la forma de una improvisación, o si se improvisa al piano un tema musical, y alguien procede a su grabación, la persona que graba, al hacerlo, aporta el elemento determinante para el establecimiento de un derecho de autor cuyo titular es el conferenciante o el pianista”.



su forma de expresión, ha de tener suficientes características propias como para distinguirlo de *cualquiera del mismo género*, a diferencia de la copia, total o parcial, de la creación de otros (lo que tipificaría un plagio), sin una interpretación o sello personal; o de la simple técnica, que solamente requiere de la habilidad manual en la ejecución”.<sup>29</sup> En rigor, a este aspecto apunta la obra como el producto final de un proceso *creativo*, que no meramente reproductivo.

Por otro lado, debe distinguirse el carácter de obra original del concepto de obra originaria, “esta última la primigeniamente creada, vale decir, que no tiene una relación de dependencia con otra preexistente, como sí ocurre con las ‘*obras derivadas*’, v.gr.: las adaptaciones y los arreglos [de otras obras]”.<sup>30</sup> Estas obras, como también las traducciones y demás transformaciones, no obstante, también gozan de protección (Art. 2.3 del Convenio de Berna). Asimismo, las colecciones de obras, como enciclopedias y antologías, que por orden o disposición de las materias constituyan creaciones personales, se protegen como tales sin perjuicio de las obras que integran las colecciones (Art. 2.5).

Entre la enorme cantidad de formas de expresión que pueden tener las obras y las distintas modalidades que el arte continúa adquiriendo con el tiempo,<sup>31</sup> y que se encuentran protegidas por el derecho de autor (a menudo con reglas especiales), es notable la protección como obras de los programas computacionales o *software*,<sup>32</sup> lo que si bien fue resistido en un principio, pero que finalmente fue aceptado dada su naturaleza de *obra* como producto de trabajo intelectual, la

---

<sup>29</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Las obras literarias y artísticas como objeto...* (op. cit.).

<sup>30</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *El nuevo régimen...* (op. cit.), p. 43.

<sup>31</sup> Por ejemplo, podemos mencionar la arquitectura, las artes visuales (y su infinidad de aplicaciones), la danza, el dibujo, el diseño, la cinematografía, la literatura, la música, la pintura, la fotografía, la poesía, la escultura, y las artes dramáticas, etc., más las variantes y combinaciones de ellas, como la ópera dramática, el videoclip y el cómic.

<sup>32</sup> Desde el punto de vista estrictamente técnico, la expresión *software* alude no tan solamente al programa como conjunto de instrucciones lógicas, sino también a la documentación de apoyo que lo acompaña.

adecuación de los derechos reconocidos a las formas de utilización del *software*, y la falta de necesidad de atender a criterios de valor artístico, destino o forma de expresión para dispensar la tutela.

## 6. La autoría y la titularidad de derechos

El elemento de “expresión de personalidad” implícito en la idea de la originalidad como requisito para la tutela de las obras, remite de inmediato a la idea del autor, la persona que crea la obra. Los sistemas reconocen originariamente al autor como el titular de los derechos de autor, pudiendo no obstante ceder sus derechos patrimoniales a terceros. En este punto son especialmente relevantes los derechos morales del autor, como el de reivindicar su autoría y el de mantener la obra anónima.

Es mayormente aceptado considerar que sólo pueden ser autores las personas físicas o naturales, sea individual o colectivamente; no así las jurídicas, que por *fictio iuris* puede, según cada legislación, asumir la titularidad de los derechos de autor por una obra. Se trata de una distinción conceptual que marca una diferencia entre el sistema de derecho de autor de tradición continental y el sistema del *copyright* del *common law*: se confunden en éste los conceptos de autor (como creador) y titular de derechos de autor (como persona que detenta los derechos que confiere el derecho de autor).<sup>33</sup>

La distinción entre autoría y titularidad de derechos trae a la vista, como otra consecuencia, el título conforme al cual se ejercen derechos análogos a los derechos de autor, pero que carecen del elemento creativo: los derechos afines o

---

<sup>33</sup> Cabe también hacer la distinción entre *titulares originarios*, las personas en que nace el derecho de autor, y *titulares derivados*, quienes han recibido la titularidad de derechos de autor por cesión (convencional o legal), por presunción de cesión, o por transmisión por causa de muerte.

conexos, aquellos que se reconocen a personas distintas del autor, que han aportado en la fijación y difusión de las obras intelectuales. En general, las prestaciones protegidas por derechos conexos reciben tutela similar a la de las obras intelectuales.

## 7. Contenido del derecho de autor

El derecho de autor, como hemos visto, no se limita a asegurar la explotación de las obras de sus creadores, sino que también asegura la vinculación del creador con el producto de su trabajo intelectual y expresión de su personalidad. El derecho de autor, en consecuencia, cumple con un doble cometido: la protección de las relaciones intelectuales y personales del autor con su obra, y la protección de sus intereses sobre la utilización y la explotación económica de su obra.<sup>34</sup> Ello da lugar a una doble estructura del derecho de autor, que reconoce prerrogativas exclusivas de carácter económico, el derecho patrimonial, y de carácter personal, el derecho moral.

Esta estructura doble de una misma rama del Derecho ha llevado a una división doctrinaria, de dos corrientes teóricas.<sup>35</sup> Para la teoría monista del derecho de autor, las prerrogativas morales y las patrimoniales integran un todo unitario e inseparable, y los aspectos económicos de la obra no pueden apartarse del derecho moral, sin importar qué clase de facultades se ejerza. Para la teoría dualista, por otro lado, los derechos morales y los pecuniarios, si bien son interdependientes, tienen características propias que los separan y distinguen, cual es la contraposición entre el carácter personal, perpetuo e intransferible del

---

<sup>34</sup> DIETZ, Alfonso, citado por LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, pp. 151-152.

<sup>35</sup> Cfr. LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, pp. 151-153.

derecho moral, y el carácter económico, temporalmente limitado y transferible del derecho patrimonial.

## 7.1 Derecho moral

Las prerrogativas del derecho moral son las llamadas al resguardo de la estrecha relación personal entre el autor y su obra, por ser ésta expresión y extensión de la personalidad de aquél. Se reconoce al derecho moral como un conjunto de facultades de carácter esencial al autor e inherente a él, absoluto (oponible *erga omnes*), extrapatrimonial (no estimable en dinero), irrenunciable e inalienable, y en consecuencia, inembargable, imprescriptible e inexpropiable. En la legislación chilena se reconoce su carácter inalienable (Art. 16) y su transmisibilidad por causa de muerte (Art. 15), sin definirse expresamente su duración.<sup>36</sup>

Las facultades reconocidas a título de derecho moral de autor son:

1) **Derecho de divulgación** (Art. 6bis CB): consiste en la facultad del autor de hacer o no accesible la obra al público, y en qué forma. Es formulado en términos negativos en nuestra legislación como un derecho a “mantener la obra inédita” (Art. 14 N° 3 LPI), pero de igual manera el autor no está obligado a la divulgación o a la publicación, y conserva su derecho a hacer pública la obra mediante edición o cualquier medio de comunicación al público (tipificado como derecho patrimonial, Art. 18, letra a) LPI). Pues, como apunta LIPSZYC, “toda decisión de explotar una obra no publicada (inédita) importa decidir su divulgación”.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Conforme al Convenio de Berna, la tutela de los derechos morales allí consagrados debe extenderse “por lo menos” hasta la extinción de los derechos patrimoniales del autor (Art. 6bis).

<sup>37</sup> LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 161.

2) **Derecho de reconocimiento de la paternidad** (Art. 14 N° 1 LPI; Art. 6bis CB): facultad del autor de exigir que se reconozca su condición de autor de la obra, y que su nombre o seudónimo se vinculen con la difusión de la misma.

La ley chilena además consagra la facultad de exigir que la obra se mantenga como anónima o seudónima mientras no pertenezca al patrimonio cultural común (Art. 14 N° 5 LPI), lo que se acerca a las facultades del derecho a reivindicación de la paternidad de la obra: el autor es titular del derecho moral de exigir la atribución de autoría para su obra.

3) **Derecho a la integridad de la obra** (Art. 14 N° 2 LPI; Art. 6bis CB): derecho a que la obra sea divulgada con respeto a su integridad, y facultad del autor para impedir modificaciones no consentidas previa y expresamente.<sup>38</sup> En Chile, se exceptúan expresamente los trabajos de restauración de obras en que el daño haya alterado su valor artístico.

La ley chilena contempla, asimismo, la facultad exclusiva del autor para dar autorización a terceros a terminar la obra inconclusa, previo consentimiento del editor o cesionario si los hubiere (Art. 14 N° 4 LPI). Podemos considerar a esto como una de las facultades subordinadas al derecho de integridad de la obra, como manifestación del derecho a modificar la obra o a determinar su condición de “terminada”.

---

<sup>38</sup> En este punto la ley chilena se desvía de la concepción *objetiva* presente en el Convenio de Berna, conforme a la cual el autor puede oponerse a modificaciones que puedan perjudicar el honor o reputación del autor, inclinándose por una prohibición general de las modificaciones, es decir, una concepción *subjetiva*. Cfr. LIPSZYC, Delia, *op. cit.*, p. 169.

Las prerrogativas recién descritas son las más clásicas facultades del derecho moral reconocidas por la doctrina. Algunas legislaciones consideran también un derecho de retracto o arrepentimiento, bajo ciertas condiciones, entre ellas la indemnización de los perjuicios causados por los costos de retirar una obra del mercado.

## 7.2 Derecho patrimonial

Consiste en la facultad de la que goza el autor, por el hecho de la creación de disponer la forma en que la obra será utilizada, y de disponer de los derechos de explotación (Art. 17 LPI). Se reconocen como características del derecho patrimonial el ser exclusivo, de contenido ilimitado, disponible, expropiable, renunciable, embargable y temporal.

El carácter exclusivo del derecho patrimonial dista, no obstante, del carácter de derecho absoluto que reviste el derecho moral. Esto es así, toda vez que el derecho de autor busca equilibrar la explotación de las obras intelectuales con la necesidad y el derecho a tomar parte en la difusión de la cultura y el conocimiento. Un derecho de explotación absoluto negaría este último cometido.<sup>39</sup>

La cualidad de “derecho ilimitado” es atribuida en función de la intención, plasmada en las normas sobre derechos de autor, de cubrir de antemano los posibles usos no conocidos al momento de la regulación,<sup>40</sup> bajo el entendido que las formas de explotación están destinadas a crecer en número y variedad, a medida que la técnica y la cultura avanzan. No obstante, el potencial ilimitado de

---

<sup>39</sup> Así, RENGIFO, citado por RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*, Colombia, 2004, pp. 38-39.

<sup>40</sup> Sobre las formas de explotación involucradas en el intercambio a través de redes digitales (específicamente, Internet), *vide infra*, Capítulo V.

derechos otorgados monopólicamente a los titulares, guarda cierta contradicción con la forma en que el Estado moderno otorga monopolios, esto es, bajo parámetros rígidos y en situaciones calificadas.<sup>41</sup>

Sin perjuicio de aquellas formas de uso todavía desconocidas, los derechos exclusivos de explotación que están expresamente reconocidos y reglamentados son:

1) **Derecho de reproducción** (Art. 5º letra u) y Art. 18 letra b) LPI; Art. 9.1 CB): facultad exclusiva del autor de realizar o autorizar la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias totales o parciales de la obra, por cualquier medio o procedimiento. Esto último incluye, por cierto, a los programas de ordenador (conforme a lo aclarado en las Declaraciones Concertadas sobre el TODA, *vide supra*), y a formas de fijación tales como el traspaso a códigos computacionales de obras de otra naturaleza o *digitalización*. Son, pues, principios aplicables al derecho a la reproducción: su extensión sobre el total y cada parte de la obra; su aplicación sobre todas las formas directas o indirectas de reproducción; la irrelevancia de la finalidad y el ámbito en que se realice, y la cantidad de copias; la invariable necesidad de autorización por el titular del derecho; y el carácter genérico de la protección que no excluye a los medios técnicos no contemplados en la ley.<sup>42</sup>

2) **Derecho de publicación** (Art. 5º letra o) y Art. 18 letra a) LPI): facultad del autor de autorizar la puesta a disposición al público de una obra mediante

---

<sup>41</sup> Por un lado, esto deriva en el cuestionamiento de que una persona pueda tener derechos no concedidos legalmente (a menos, claro, que puedan subsumirse dentro de las formas de explotación expresamente contempladas en derecho). Por otra parte, a equilibrar esta exclusividad vienen otras aristas del derecho de autor, como la limitación temporal y las excepciones y limitaciones.

<sup>42</sup> LIPSZYC, Delia, *La protección de las obras literarias y la política cultural del libro*, citada por ANTEQUERA PARILLI, *El nuevo régimen...*, *op. cit.*, pp. 237-238.

ejemplares que permitan leerla o conocerla, de manera directa (como en un libro) o mediante un dispositivo de reproducción (como un reproductor de fonogramas).

3) **Derecho de distribución** (Art. 5º letra q) y Art. 18 letra e) LPI; Art. 6.1 TODA): facultad para realizar o autorizar la puesta a disposición del público del original y de los ejemplares de las obras mediante venta u otra transferencia de propiedad. En Chile, la primera transferencia de propiedad del ejemplar agota este derecho para su titular.

4) **Derecho de comunicación y ejecución pública** (Art. 5º letra v), Art. 18, letras a) y d) y Art. 19 LPI; Arts. 11, 11bis y 11ter CB): facultad de realizar o autorizar cualquier acto por el que una pluralidad de personas (reunidas o no) pueda tener acceso a todo o parte de una obra, en su forma original o transformada, por medios que no consisten en la distribución de ejemplares.

Se trata, en rigor, de un concepto destinado a englobar muy diversas formas de dar a conocer una obra al público, que puede incluir, entre otros: las representaciones escénicas, recitaciones, disertaciones y ejecuciones públicas de obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales por cualquier medio o procedimiento, sea en vivo o mediante una fijación; la exposición de obras artísticas o de sus reproducciones; la proyección o exhibición pública de obras audiovisuales; la emisión de obras por radiodifusión, por comunicación pública satelital o por transmisión mediante cable; la comunicación a través de servicios; el acceso público a bases de datos de computador cuando incorporen o constituyan obras protegidas; y -finalmente- la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que pueda accederse a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija (la regla aplicable a la transmisión de contenidos vía Internet).



5) **Derecho de transformación** (Art. 5º letra w) y Art. 18 letra c) LPI; Art. 12 CB): facultad para realizar o autorizar cualquier modificación de la obra (que aquí llamaremos *obra originaria*), incluidas la traducción, adaptación, revisión, actualización, arreglo, y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente: la *obra derivada*. El autor de ésta detenta la titularidad originaria de sus derechos, pero la publicación de la obra derivada debe ir acompañada del nombre del autor original.

Además de estos derechos, existen ciertas facultades especiales conforme a la naturaleza de la obra, como es el *droit de suite* (Art. 36 LPI; Art. 14ter CB): regla de carácter especial, consistente en el derecho inalienable e intransmisible del autor de una pintura, escultura, dibujo o boceto (el Convenio de Berna habla, más ampliamente, de “obras de arte originales” y “manuscritos originales de escritores y compositores”) a percibir el 5% del mayor valor que se obtenga en la venta en subasta pública o a través de un comerciante establecido, y se ejercita en las ventas posteriores de la obra.

Como hemos dicho, la regulación de los derechos patrimoniales fue establecida con la vista fija en la posible aparición futura de nuevas formas de explotación de las obras intelectuales. Por ello crecen en importancia los derechos conexos y su función en la difusión de la cultura. Por ello también se crean, en algunas legislaciones, otros derechos económicos, como la remuneración por las reproducciones reprográficas de uso personal o por la copia privada de grabaciones sonoras y audiovisuales. Por ello, además, la creciente respuesta internacional a la piratería y otras formas de explotación ilícita de obras intelectuales.

## CAPÍTULO II

### EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

#### 1. La consagración del derecho a la educación

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

##### Artículo 26

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.

La redacción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, llevada a cabo entre 1947 y 1948, pasó por diversas etapas y varios esbozos en lo que respecta al derecho a la educación.<sup>43</sup> A lo largo de ese período, la redacción del artículo sufrió cambios casi en su totalidad desde el primer borrador aceptado; quedando a salvo un elemento, que no fue puesto en discusión: la primera

---

<sup>43</sup> Cuenta detallada en: UNITED NATIONS EDUCATIONAL, SCIENTIFIC AND CULTURAL ORGANIZATION (UNESCO), *World Education Report 2000 - The right to education: towards education for all throughout life*, UNESCO, 2000, pp. 93-107.

oración, “Toda persona tiene derecho a la educación”. En el espíritu de la Declaración, esto implica la ausencia de discriminación en el ejercicio de los derechos (consagrado en el Artículo 2 de la Declaración).

Si bien es cierto que diversas apreciaciones de tipo ideológico, que varían según épocas y latitudes, matizan o condicionan su contenido y sus consecuencias, es también cierto que el derecho básico y universal a la educación goza de amplio reconocimiento. Así es como, en el plano internacional, diversos instrumentos de tipo declarativo o normativo plasman la intención de los Estados de extender la cobertura y mejorar la calidad de sus sistemas educacionales. Muchos de ellos han sido firmados a instancias de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), fundada en 1946, centrada en temas sobre educación, cultura e información como presupuestos del desarrollo de los pueblos.

En el plano internacional, entre los instrumentos de tipo declarativo que se refieren al derecho a la educación, sea consagrándolo o sugiriendo un contenido ideal, encontramos:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos, como hemos visto.
- La Declaración sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que reconoce el derecho a la educación (Principio 7).
- La Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Artículo 9).
- La Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 1974.

- La Declaración Mundial sobre Educación para Todos: la Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje, aprobada en Tailandia en 1990.
- La Declaración y Programa de Acción de Viena, aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, que dedica un apartado a la educación en materia de derechos humanos.
- La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, y el Programa de Acción de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, de 1995.
- La Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos, aprobada en 1997.
- La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas, del año 2000, en que los países deciden velar por el acceso igualitario a todos los niveles de enseñanza y la posibilidad de terminar un ciclo completo de enseñanza primaria, para el año 2015.
- La Recomendación Revisada relativa a la Enseñanza Técnica y Profesional, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en 2001.

Entre las convenciones internacionales con carácter vinculante para los Estados, encontramos:

- El Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales,<sup>44</sup> que profundiza las obligaciones de los Estados respecto de los derechos humanos reconocidos. Contempla el derecho a la educación en su Artículo 13, norma no muy distinta a la de consagración en la Declaración Universal de Derechos

---

<sup>44</sup> La denominación de “derechos sociales, económicos y culturales” que recoge el título de este pacto, trae a la memoria la clasificación de los derechos humanos, que distingue entre derechos civiles y políticos o de primera generación; derechos sociales, económicos y culturales o de segunda generación (entre ellos, el derecho a la educación), y la indeterminada categoría de los llamados derechos de solidaridad o de los pueblos o de tercera generación. Se trata de una distinción teórica de utilidad académica, que no conlleva la preponderancia de un orden de derechos sobre otro, aun cuando es posible verificar que su desarrollo ha sido desigual por la naturaleza progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales.

Humanos, pero con un claro sentido programático respecto del alcance y la calidad de la educación.

- La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1989, que consagra el derecho en su artículo 28, con obligaciones de carácter general para los Estados. Considera a la educación del niño, en el resto del articulado, como uno de los aspectos más importantes a resguardar.

- La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, el 14 de diciembre de 1960.

- La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2106 (XX) el 21 de diciembre de 1965, en el Artículo 5.e).v).

- La Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 21 de noviembre de 1978.

- La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979, especialmente en su artículo 10.

- El Marco de Acción de Dakar, Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes, aprobado en el Foro Mundial sobre la Educación en abril de 2000, basado principalmente en la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, de 1990.

- La Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en noviembre de 1989.

En el plano nacional, el reconocimiento del derecho a la educación está dado por el carácter de leyes de la República asignado a las convenciones

internacionales ratificadas por Chile, y por su consagración en la Constitución Política, en los siguientes términos:

Artículo 19: La Constitución asegura a todas las personas:

10° El derecho a la educación.

La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida.

Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos. Corresponderá al Estado otorgar especial protección al ejercicio de este derecho.

El Estado promoverá la educación parvularia.

La educación básica y la educación media son obligatorias, debiendo el Estado financiar un sistema gratuito con tal objeto, destinado a asegurar el acceso a ellas de toda la población. En el caso de la educación media este sistema, en conformidad a la ley, se extenderá hasta cumplir los 21 años de edad.

Corresponderá al Estado, asimismo, fomentar el desarrollo de la educación en todos sus niveles; estimular la investigación científica y tecnológica, la creación artística y la protección e incremento del patrimonio cultural de la Nación.

Es deber de la comunidad contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de la educación.

El precepto constitucional establece el sentido que ha de tener la educación, consagra la prerrogativa de los padres para la educación de sus hijos, establece la educación obligatoria y diversos deberes del Estado. No se contempla regulación de la calidad ni la protección por medio de la acción constitucional o recurso de protección.

La educación es también contemplada a nivel constitucional desde el ángulo opuesto al del aprendizaje, es decir, desde la enseñanza, no solamente por

la prerrogativa de los padres en la norma citada, sino también por la libertad de enseñanza, garantizada constitucionalmente (Art. 19 N° 19). La ley es la destinada a regular esta materia, siendo la más importante de ellas la Ley 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza.

## **2. El contenido del derecho a la educación**

Las normas nacionales e internacionales antes mencionadas, llevan al establecimiento de un derecho fundamental cuyo contenido ha variado con el tiempo, como es posible concluir de un examen detallado de aquéllas. Es posible entender al derecho a la educación, en un nivel básico, como la prerrogativa de toda persona de acceder a la educación hasta el nivel máximo obligatorio (en Chile, la educación media) de manera gratuita (financiada por el Estado), y de un acceso no discriminatorio a programas de educación terciaria o capacitación técnica.

Por cierto, las declaraciones y compromisos van más allá. Repetidamente se consagra la necesidad de imbuir a la educación con valores de hermandad y tolerancia, o -como ocurre con la Constitución chilena- se explicita su rol en el desarrollo personal. Se trata, por supuesto, de aspiraciones válidas defendidas con especial energía desde el final de la Segunda Guerra Mundial. Es esto lo que lleva a asignar una importancia especial al derecho a la educación, pues no se trata tan solo de un derecho al acceso para la formación de competencias en los miembros de la sociedad con miras al desarrollo de actividades productivas, sino del acceso a herramientas de defensa del resto de los derechos fundamentales reconocidos a todas las personas. En otras palabras, una implementación correcta del derecho a la educación, permitirá un ejercicio y disfrute plenos de la totalidad de los derechos humanos y libertades básicas, siendo necesario para ello estrategias

educativas omnicomprensivas e integradas de educación en derechos humanos,<sup>45</sup> conforme a los compromisos adquiridos por los países a propósito de la firma de los distintos acuerdos y convenios internacionales a lo largo del tiempo. Es con esto en mente que han existido diversas iniciativas dirigidas a la incorporación efectiva de los derechos humanos en la educación, como por ejemplo, en países en proceso de regreso a la democracia.<sup>46</sup>

Por otro lado, en aspectos de la educación menos relacionados con el ejercicio de derechos fundamentales y más con la incidencia de la educación en la calidad de vida de las personas, el contenido del derecho a la educación ha evidenciado una variación importante con el tiempo. Nos referimos a un cambio de paradigma en el contenido del derecho a la educación, que es posible seguir a nivel normativo.

Así, mientras la Declaración Universal de los Derechos Humanos menciona el “derecho a la educación” que se reconoce a “toda persona”, “gratuita” a nivel “elemental y fundamental”, y “obligatoria” a nivel elemental, la Declaración Mundial sobre Educación para Todos de 1990 señala que “cada persona -niño, joven o adulto- deberá estar en condiciones de beneficiarse de las oportunidades educacionales ofrecidas para satisfacer sus necesidades básicas de aprendizaje”. Hay, por un lado, un reemplazo de las nociones de educación fundamental y elemental, por una noción de educación básica; por otro lado, hay un marcado cambio de énfasis de la “educación” como obligación estatal, al “aprendizaje” como derecho y demanda de los miembros de la sociedad.<sup>47</sup> Se incorpora, además,

---

<sup>45</sup> TOMASEVSKI, Katarina, *Manual on Rights-based Education: Global Human Rights Requirements Made Simple*. UNESCO, Bangkok, 2004, *passim*, especialmente p. 6.

<sup>46</sup> *Vd.* LEIVA NEUENSCHWANDER, Pedro Ignacio. “Educación para la Democracia: Recuento de Experiencias Internacionales”. En: *Revista de Estudios Pedagógicos* N° 25, Valdivia, 1999, pp. 91-112.

<sup>47</sup> UNESCO, *World Education Report 2000*, *op. cit.*, p. 26.



la *educación permanente* o el *aprendizaje a largo de la vida*, como elementos a fomentar por los Estados.

Es posible entender este cambio en el paradigma educativo al que los países aspiran, desde el punto de vista del carácter progresivo del derecho a la educación, carácter que comparte con los demás derechos humanos. Es por ello que el contenido del derecho a la educación ha variado conforme a la sucesiva consecución de objetivos y el establecimiento de otros nuevos, en tres etapas distinguibles en: la primera, de fines de la década de los '40 del siglo XX, concentrada en la erradicación del analfabetismo y expansión de la educación elemental. La segunda, de mediados de los '60 hasta fines de los '70, se amplió el concepto de analfabetismo para abarcar el "analfabetismo funcional".<sup>48</sup> Este elemento, en la tercera etapa, que va desde la década de los '80 hasta hoy, se incluye como aspecto importante de las "necesidades de aprendizaje", mientras la "educación elemental" es considerada como parte de la "educación básica", encaminada a la satisfacción de "necesidades básicas de aprendizaje".

### **3. El valor de la educación**

Tanto el carácter de "derecho humano" como la progresiva ampliación del contenido del derecho a la educación, son consecuencia del rol atribuido a la educación en el desarrollo de la sociedad.

---

<sup>48</sup> Aunque se trata de una expresión cuyo contenido ha variado con el tiempo, es considerado analfabeto funcional, en un sentido elemental, a la persona incapaz de utilizar sus propias competencias de lectura y escritura de manera eficiente en situaciones cotidianas. De manera más inclusiva de las distintas connotaciones del concepto, puede definirse al analfabeto funcional como "aquella persona que ante una información (o conocimiento en codificación alfabética) es incapaz de operativizarla en acciones consecuentes y, en este sentido, diremos que no posee la habilidad de procesar dicha información de una forma esperada por la sociedad a la que pertenece". JIMÉNEZ DEL CASTILLO, Juan, "Redefinición del Analfabetismo: El Analfabetismo Funcional", en: *Revista de Educación*, N° 338 (Septiembre/Diciembre 2005), España, pp. 273-294.

Desde una perspectiva sociológica, la educación es definida por DURKHEIM como “la acción ejercida por las generaciones adultas sobre las que aún no están maduras para la vida social. Tiene por objeto crear en el niño ciertos estados físicos, intelectuales y morales que le exige la sociedad política en su conjunto así como el medio social al cual está particularmente destinado”.<sup>49</sup> En este sentido, la educación presenta un doble cariz, destacado por autores como PIAGET, en que la educación y la transmisión del lenguaje hacen posible la psicogénesis individual como factor fundamental en el desarrollo personal, y al mismo tiempo sienta las bases de la interacción del individuo. Esto se traduce en el rol de formación para la vida en sociedad de la educación, “la vía por excelencia de la socialización humana, es decir, la vía de su conversión en un ser social”.<sup>50</sup> Es la vía de transmisión de los valores y tradiciones que conforman la identidad de los pueblos. Asimismo, es dentro de ese carácter que gana en importancia la vinculación –antes mencionada- entre el derecho a la educación y los demás derechos y libertades fundamentales. Todo esto lleva a considerar a la educación como elemento básico del desarrollo individual y social, pues no solo a través de ella cada persona desarrolla su potencial particular, sino que las sociedades mismas avanzan hacia formas más desarrolladas de organización.

Por cierto, el papel *formativo* de la educación es enfatizado en las primeras etapas del proceso educativo, siempre de forma paralela a la enseñanza para el desarrollo de competencias productivas o rol *informativo* de la educación, que crece en intensidad a medida que aumenta la especialización, lógicamente en etapas avanzadas del proceso educativo. Esto último es producto de la siempre creciente complejidad de las sociedades y el continuo desarrollo cultural, en que la división de tareas y la especialización se encuentran a formidables distancias del

---

<sup>49</sup> DURKHEIM, Emile, *Educación y Sociología*. Colofón, México, 1989, p. 70.

<sup>50</sup> TURBAY, Catalina, *El Derecho a la Educación: Desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa*. UNICEF, Bogotá, 2000, p. 9.

mero aprendizaje de destrezas para la supervivencia, no obstante lo cual ese fin elemental logra ser satisfecho en virtud de las interacciones sociales. Esta función informativa es la más estrechamente ligada a la calificación de la educación como instrumento de crecimiento del *capital humano*, es decir, de individuos aptos para la actividad productiva; es por esta vía que ella incide en los índices sobre crecimiento económico de los países, y de manera más relevante, en la calidad de vida, tanto del individuo como de la comunidad.

Conforme avanza el ser humano, avanza la educación, y los importantes cambios de las últimas décadas ayudan a así entenderlo. “Las perspectivas de la educación han variado, se han ampliado por efecto de múltiples causas: las sociedades laicizadas y centralizadas han recurrido a nuevos contingentes de individuos instruidos para el servicio del Estado; el desarrollo económico ha multiplicado los empleos cualificados y ha exigido la formación de técnicos y de cuadros de personal cada vez más numerosos; el derecho a la instrucción se ha revelado a la conciencia despierta de los trabajadores como una de las grandes fuerzas de la emancipación social; la modernización acelerada de numerosas sociedades ha llevado consigo modificaciones cuantitativas y cualitativas cada vez más profundas a nivel de la enseñanza primaria, luego de la enseñanza profesional y después de la educación popular”.<sup>51</sup> La misma especialización creciente ha llevado a la consolidación de la institucionalización de la educación en centros de enseñanza de distinto nivel, y la sistematización del conocimiento que pasa a ser contenido del proceso de enseñanza.

En síntesis, la educación es la herramienta a través de la cual la sociedad prepara a sus nuevos miembros para interactuar con sus pares y para integrarse a

---

<sup>51</sup> FAURE, Edgar et al., *Aprender a Ser. La educación del futuro* (versión española de Carmen Paredes de Castro). UNESCO/Alianza Editorial, Madrid, 1973, p. 59.

la vida productiva que permitirá el avance y el desarrollo y de la sociedad, como también de quienes de ella forman parte. Como plantea DELORS, se trata de “la función esencial de la educación en el desarrollo continuo de la persona y las sociedades, no como un remedio milagroso [...] sino como una vía, ciertamente entre otras pero más que otras, al servicio de un desarrollo humano más armonioso, más genuino, para hacer retroceder la pobreza, la exclusión, las incomprensiones, las opresiones, las guerras, etc.”.<sup>52</sup> Es con esto en mente, y con la expectativa de un progreso sin fin, que la educación se mantiene en el centro de la protección de los derechos fundamentales.

#### **4. La relación con otros derechos**

La forma en que tradicionalmente se ha entendido el derecho a la educación es en torno a la idea de la instrucción o enseñanza como núcleo del sistema educativo. Como vimos, el concepto ha mutado para enfocarse en el educando y sus necesidades de aprendizaje, es decir, en el individuo como agente activo en la consecución de sus objetivos relacionados con el conocimiento.

Pero aspirar a un ideal de ciudadano intelectualmente activo no puede limitarse tan solo a la obtención de competencias productivas y de desarrollo, por medio de la entrega de información y conocimientos específicos. Como vimos, existe un importantísimo componente de formación social en el proceso educativo, con importantes consecuencias no tan solo para el individuo, sino para la sociedad misma. La interacción propia del proceso educativo establece el tramado del desarrollo de la propia cultura, tanto en su continuidad como en su renovación. En este sentido, los derechos de acceso a la cultura y participación en la vida cultural

---

<sup>52</sup> DELORS, Jacques. *La Educación encierra un tesoro. Informe a la UNESCO de la Comisión Internacional sobre la Educación para el siglo XXI*. Citado por TURBAY, Catalina, *op. cit.*, p. 21.

se hacen parte importante del ejercicio del derecho a la educación como un derecho de amplio alcance. Ambos derechos se conectan y complementan.

De la misma forma, y en relación con lo expuesto algunos párrafos *supra*, una correcta implementación de mecanismos para el ejercicio del derecho a la educación es clave para el ejercicio de los demás derechos detentados por el individuo. Entre los derechos más estrechamente relacionados con el derecho a la educación, encontramos los derechos a beneficiarse de los progresos científicos y a la participación libre en la vida cultural (a lo que nos referimos en el capítulo anterior) y el derecho a la información, considerado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos junto a la libertad de opinión y de expresión (Artículo 19). Esto conlleva a su vez, el pleno ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (Artículo 18), como también del derecho a la libertad de reunión y de asociación (Artículo 20) para actividades relacionadas con la educación, la ciencia, la cultura y la información, y por supuesto, del derecho de autor.

Pero la relación entre el derecho de autor y el derecho a la educación es un tanto más compleja, y es un punto clave en nuestra investigación. No siempre es posible el ejercicio del derecho a la educación sin sobrepasar las prerrogativas exclusivas de los titulares de derechos de autor, por lo que se han establecido sistemas normativos en búsqueda de un equilibrio. A esta relación nos referiremos en el Capítulo V.

### CAPÍTULO III

#### EL NUEVO ESCENARIO COMUNICACIONAL MUNDIAL

##### 1. Comunicación y avance tecnológico

El impacto de la invención de la imprenta con tipos móviles en la difusión de la cultura y la información, es incontrovertible. La comunicación escrita ganaba un importante impulso hacia la masificación, lo que se reflejó en el crecimiento de la industria editorial y la periodística, y su importancia hasta el día de hoy. No obstante, las comunicaciones a distancia habrían de conocer, a partir del siglo XIX un crecimiento inusitado que todavía no parece encontrar un punto de detención.

A mediados del siglo XIX, el telégrafo eléctrico (desarrollado separadamente por distintos científicos, y de forma más célebre por Samuel Morse) permitió comunicaciones a distancia que gozaban de una importante ventaja sobre otras formas de comunicación: la inmediatez de los actos de emisión y recepción del mensaje (a diferencia de los mensajes escritos), a distancias considerablemente mayores que a través de telégrafos ópticos. Líneas telegráficas fueron instaladas alrededor del planeta, y otros inventos relacionados (como el teletipo, a principios del siglo XX) ayudaron a dar aun mayor celeridad al flujo de información.

Cuando se patentó el teléfono en la segunda mitad XIX, se hacía manifiesto que los avances no cesarían. Pero a fines del mismo siglo, otro invento permitió que la comunicación dejara de lado las limitaciones impuestas por la necesidad de extender cables telegráficos o telefónicos de miles de kilómetros: la radio, gracias a su tecnología basada en la propagación de ondas electromagnéticas. Esos mismos

principios ayudaron al inicio e incremento de las emisiones de televisión, invento desarrollado durante décadas y cuya masificación en los Estados Unidos fue ayudada por la bonanza económica del período posterior a la Segunda Guerra Mundial.

La segunda mitad del siglo XX vio mejoras en los medios de comunicación ya existentes, gracias al uso de tecnología de transmisión satelital (como ayuda a los medios de comunicación ya existentes) y una organizada utilización del espectro radioeléctrico, y al constante avance en la electrónica, aplicada en innumerables instrumentos, tanto especializados como de uso diario, hoy masificados en su utilización, como la televisión digital o la telefonía celular.

De todos los medios de comunicación existentes y aún en uso, uno destaca por su versatilidad y su alcance, de exponencial crecimiento en las últimas décadas: Internet.

## **2. El advenimiento de Internet**

### 2.1 La red de redes

La expansión y el crecimiento en importancia de Internet son un fenómeno del que difícilmente puede escaparse hoy en día. El concepto que de ella se tenga puede variar, en proporción al grado de conocimiento de su funcionamiento o estructura se tenga (que incluso entre usuarios frecuentes puede ser muy bajo).

En términos elementales, una red (*network*) computacional es un conjunto de ordenadores que se conectan para compartir recursos, sean estos físicos (por ejemplo, una impresora) o lógicos (programas o documentos). Lo que

popularmente se conoce como Internet<sup>53</sup> corresponde a una red que une a un sinnúmero de redes, y con esto a millones de computadores, con múltiples finalidades.

Por cierto, intentar una definición de Internet es una tarea complicada, puesto que el concepto engloba aspectos de suyo muy distintos.<sup>54</sup> Desde una perspectiva técnica y funcional, Internet puede ser definida, como lo hace GARROTE, como “una red mundial de redes informáticas y ordenadores conectados entre sí mediante un protocolo común de comunicaciones, el denominado TCP/IP, que permite la comunicación y el intercambio de información entre usuarios situados en lugares distantes por medio de una máquina, normalmente un ordenador”,<sup>55</sup> o más someramente, “un gran conjunto de redes de ordenadores interconectadas”.<sup>56</sup>

Poniendo el énfasis en los contenidos, COMER señala que “Internet es una biblioteca general global, intensa y exitosa, de rápido crecimiento, estructurada sobre una tecnología de comunicación notablemente flexible. La biblioteca digital de Internet ofrece una variedad de servicios que se utilizan para crear, explorar, acceder, buscar, ver y comunicar información sobre un conjunto de diversos temas, que abarcan desde experimentos científicos hasta discursos sobre actividades recreativas”.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> El término “internet”, derivado de “internetwork”, es también aplicable a denominación de las redes privadas, por lo que suele utilizarse “Internet” con mayúscula inicial, para distinguirla de aquéllas.

<sup>54</sup> HUGHES, Kevin. *Entering the World-Wide Web: A Guide to Cyberspace* [en línea], disponible en: <<http://www.kevcom.com/words/guide/guide.toc.html>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>55</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho de Autor en Internet: Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, segunda edición. Granada, Comares, 2003, pp. 5-6.

<sup>56</sup> CUADRADO MARÍN, José, “Internet”, en *Glosario de Internet* [en línea], disponible en: <<http://www.uco.es/ccg/glosario/glosario.html>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>57</sup> COMER, Douglas, *El Libro de Internet*, segunda edición. México, Prentice-Hall, 1998, p. 271.



Varios aspectos distinguen a Internet de otras formas de comunicación. La Global Internet Liberty Campaign (grupo de organizaciones fundado para promover la libertad de expresión en Internet), en su Declaración de Principios,<sup>58</sup> incluye como características de Internet que “la hacen única” como medio de comunicación: ser *global*, es decir, no sujeta a limitaciones geográficas en el intercambio de la información; *descentralizada*, por su organización carente de entes de control (sin perjuicio de las organizaciones que administran diversos aspectos técnicos de la red); *abierta*, por las escasas barreras de acceso que posee (solamente se necesita capacidad técnica); *grande (abundant)*, por su potencialmente infinita capacidad de almacenamiento de datos; *interactiva y controlada por el usuario*, pues la comunicación puede ser unidireccional, bidireccional o multidireccional, dependiendo de la acción del propio usuario qué tipo de información recibe o envía, desde y hacia qué lugar, y en qué momento; finalmente, *independiente de la infraestructura*, es decir, flexible y dinámica respecto del instrumento tecnológico del que el usuario quiera servirse para acceder a la red, mientras sea técnicamente idóneo para la conexión.

El lenguaje digital, es decir, la expresión en bits de los datos que viajan a través de la red, con independencia del tipo de datos de que se trate, es un elemento crucial en la flexibilidad y apertura de Internet. La digitalidad convierte a Internet, más que en un medio de comunicación, en un metasistema de comunicación, que combina y une otros sistemas, como la comunicación escrita y la audiovisual, según las necesidades o preferencias de cada usuario.

---

<sup>58</sup> Puede encontrarse el texto completo en español en: <<http://www.gilc.org/about/principios-es.html>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

Todo esto ha ayudado al crecimiento en popularidad e importancia de Internet en la vida diaria de gran parte de la población mundial. Pero antes de llegar a ese punto, se recorrió un largo camino.

## 2.2 La historia de Internet<sup>59</sup>

Internet encuentra sus orígenes en los memorandos de J.C.R. Licklider, del Massachusetts Institute of Technology, sobre el concepto de red galáctica (*galactic network*) y las interacciones sociales que el trabajo en red (*networking*) permitiría, en 1962. Poco después, él mismo fue puesto a la cabeza del programa de investigación en ordenadores de la Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados de Defensa, DARPA (*Defense Advanced Research Projects Agency*),<sup>60</sup> desde donde pregonaba sus ideas a sus colegas en el MIT.

Serían investigadores independientes de DARPA quienes desarrollaron la teoría sobre intercambio de información mediante la conmutación de paquetes (*packet switching*), idea que se impuso como la solución necesaria para la conexión entre ordenadores, cuando se comprobó que el sistema telefónico que los conectaba no era apto para su correcto funcionamiento.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Para más detalles sobre la materia, *vd.* LEINER, Barry, CERF, Vinton, CLARK, David, KAHN, Robert, KLEINROCK, Leonard, LYNCH, Daniel, POSTEL, Jon, ROBERTS, Lawrence, WOLFF, Stephen, *A Brief History of the Internet* [en línea], disponible en: <<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>> [última consulta: 27 de marzo de 2008]; STEWART, William, *Living Internet* [en línea], disponible en: <<http://www.livinginternet.com>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>60</sup> Su nombre original era Agencia de Investigación de Proyectos Avanzados, ARPA (*Advanced Research Projects Agency*) pero se renombró a DARPA en 1972, luego volvió a ARPA en 1993, y en 1996 otra vez a DARPA, nombre que mantiene.

<sup>61</sup> La idea de conmutación de paquetes de información consiste en la división de ésta en paquetes que pueden viajar por diversas rutas para llegar a un mismo destino, donde la información se reconstruye, asegurándose la confiabilidad de la transmisión, la integridad de los datos y un uso óptimo de las vías de conexión. Se opone a la conmutación de circuitos, en que hay una comunicación única y constante entre dos puntos. *Vid.* STEWART, W., *Living Internet*, *op. cit.*

Lawrence Roberts se integró a la DARPA, donde confeccionó su Plan para el ARPANet en 1967, en el que se diseñó la estructura de la red. En 1968, se desarrolló el primer *hardware* capaz de transmitir datos en el ARPANet. En 1969 se realizaron las primeras pruebas en la Universidad de California (UCLA), donde se instaló el primer procesador de mensajes de interfaz o IMP (*interface message processor*), convirtiéndose así en el primer nodo del ARPANet. La década de los '60 terminó así con un ARPANet de cuatro computadores *hosts* conectados.<sup>62</sup> En cada uno de los nodos continuaba la investigación para la mejora del funcionamiento de la red.

A principios de la década de los '70, se encontraba ya en uso el protocolo<sup>63</sup> inicial de ARPANet, denominado NCP (*Network Control Protocol*), que una vez implementado en los nodos permitió el desarrollo de aplicaciones por los usuarios. En 1972 se realizó la primera demostración pública de la tecnología de red desarrollada con ARPANet, al conectarse cuarenta computadores, y se introdujo el correo electrónico (además de los programas para su utilización), aplicación clave en la comunicación entre los diversos *hosts*.

El primer día de 1983, ARPANET cambió del protocolo NCP a TCP/IP,<sup>64</sup> desarrollado desde hacía una década por Robert Kahn y Vinton Cerf,<sup>65</sup> abriendo

---

<sup>62</sup> El segundo *host* fue instalado en el Instituto de Investigación de Stanford (SRI, *Stanford Research Institute*). El primer mensaje de *host* a *host* se produjo entre ellos en diciembre de 1969. Otros dos nodos fueron instalados en la Universidad de California, Santa Bárbara y en la Universidad de Utah.

<sup>63</sup> "Protocolo" es el vocablo utilizado para referirse a las "reglas" o estándares técnicos de comunicación e intercambio de datos.

<sup>64</sup> *Transmission-Control Protocol/Internet Protocol*, Protocolo de Control de Transmisión /Protocolo de Internet.

<sup>65</sup> Kahn entró a DARPA para dedicarse a redes satelitales y radiales, conociendo así el valor de la comunicación entre las diversas redes. Ello requería superar las limitaciones técnicas de cada red. Kahn comenzó a trabajar con Cerf en el desarrollo de modelos de interconexión a través de una red de "arquitectura abierta", en que diversas redes pudieran desarrollarse de forma independiente, y al mismo tiempo ser parte de una red mayor (*Interneting*). Esto requería, por

las puertas a un desarrollo más amplio, que era aprovechado y complementado por el creciente número de instituciones gubernamentales y académicas conectadas a la red, además de empresas privadas participantes en la investigación y desarrollo de la red, y de otras redes fuera de los Estados Unidos.

Por medio de TCP/IP, la red CSNET, desarrollada por la gubernamental National Science Foundation (NSF), se conectó a ARPANET en 1984, uniendo a los departamentos académicos del área de ciencias de la computación. A su vez, CSNET sirvió de antecedente a NSFNet, una estructura de red basada en cinco supercomputadores en distintas universidades estadounidenses, que se convirtió en la espina dorsal (*backbone*) de la red a mediados de la década de los '80.

En 1985, la red se había abierto a intereses comerciales, lo que aceleró el crecimiento en el tráfico, mayormente centrado en el correo electrónico. La segunda mitad de la década vio la creación de los primeros proveedores privados de Internet o ISP (*Internet Service Providers*). Esto llevó a que, eventualmente, se dispersara entre privados la estructura que serviría de espina dorsal a la red.

El crecimiento de la red sería explosivo en los años siguientes, a consecuencia de, entre otras causas, la pérdida de control gubernamental estadounidense del *backbone* de Internet, el establecimiento de las ISPs privadas y la posibilidad de conexión de entidades privadas no académicas, la mayor accesibilidad de la red con el ingreso del sistema de vinculación mediante hipertexto, que dio paso a la formación de la telaraña mundial o *World Wide Web*, y

---

razones técnicas, la creación de un nuevo protocolo que pudiera satisfacer las necesidades de un entorno de red de arquitectura abierta. El resultado del trabajo de Kahn y Cerf es el protocolo de dos componentes, denominado TCP/IP, que siguió desarrollándose y probándose versiones del protocolo en diversas plataformas por distintas entidades desde 1973.

con el sistema de nombres de dominio para el acceso a contenidos en la Web.<sup>66</sup> La proliferación de computadoras personales y los programas que hacían del acceso a la red algo menos árido (los navegadores) ayudaron a que la masificación no fuera limitada a empresas o entidades académicas. Ya en 1993, Internet –como hoy la conocemos– era plenamente funcional. Las mejoras tecnológicas sucesivas tuvieron por objetivo aumentar y mejorar el acceso a la red.

### 2.3 Perspectiva actual

Uno de los grandes hitos de la historia de Internet se vivió con la introducción del hipertexto, como modelo de organización no secuencial de información basado en la vinculación de documentos<sup>67</sup>, en forma de aplicaciones creadas para su uso en la red. El hipertexto es la base funcional y estructural de la red mundial o *World Wide Web* (WWW), una estructura hipertextual altamente compleja, que es hoy el servicio más ampliamente utilizado de Internet.

A través del modelo de cliente-servidor, es decir, la conexión a distancia entre una red de servidores y los usuarios o clientes, la Web permite el acceso a los distintos servicios de Internet, sirviendo de plataforma incluso para la utilización de otros servicios que precedían a la Web, como el correo electrónico. El protocolo HTTP (*HyperText Transfer Protocol*, protocolo de transferencia de hipertexto) es el que habilita el traspaso de la información requerida por el usuario desde los servidores que la albergan, identificados con una URL (*Universal Resource Locator*), que corresponde a la dirección única o permanente de localización de un

---

<sup>66</sup> El sistema de nombres de dominio reemplazó en 1985 al código numérico (o “número IP”) que identificaba de forma unívoca a cada uno de los distintos equipos conectados a Internet. Actualmente, el sistema de nombres de dominio es administrado por ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), institución especializada sin fines de lucro.

<sup>67</sup> SKAALID, Bonnie, *Hypermedia Basics* [en línea], disponible en: <<http://www.usask.ca/education/coursework/skaalid/site/hypertxt.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

documento. La introducción del hipertexto contribuyó enormemente a la expansión en alcance y posibilidades de Internet, convirtiéndola en un espacio de mayor facilidad para el intercambio de datos.

La información que arriba al ordenador del cliente o usuario (como dijéramos, en forma de paquetes de bits) es presentada a través de programas denominados navegadores Web o *browsers*, los mismos desde los cuales el usuario requiere determinada información de los servidores. Los navegadores utilizaron, desde principios de la década de los '90 el lenguaje de programación HTML (*HyperText Markup Language*), que describe la estructura de los documentos a través de marcas y etiquetas, y que posibilita los enlaces a otras páginas o fuentes de información.

La Web ha crecido enormemente en el número de funcionalidades y formas de visualización de contenidos a las que puede accederse desde un navegador. Estos programas, por su parte, han experimentado diversas variaciones a fin de mejorar su propio rendimiento y la *usabilidad (usability)*<sup>68</sup> para clientes no familiarizados con los aspectos técnicos de Internet, concentrándose también en la *interoperabilidad (interoperability)* con protocolos distintos del HTTP y lenguajes distintos del HTML, intercambiándose datos entre diferentes plataformas para así realizar conjuntamente operaciones complejas, flexibilizándose progresivamente el tipo de información accesible y las formas de comunicación entre personas, y en consecuencia, aumentando las posibilidades de uso de la red.

---

<sup>68</sup> El concepto, vinculado con la idea de la "amigabilidad" del *software (user-friendliness)* fue definido por la Organización Internacional para la Estandarización, en algunas de sus normas: ISO/IEC FDIS 9126-1: *Usability: the capability of the software product to be understood, learned, used and attractive to the user, when used under specified conditions* ("Usabilidad: la capacidad de un software de ser comprendido, aprendido, usado y ser atractivo para el usuario, bajo condiciones específicas de uso"); ISO 9241-11: *Usability: the extent to which a product can be used by specified users to achieve specified goals with effectiveness, efficiency and satisfaction in a specified context of use* ("Usabilidad: la eficiencia y satisfacción con la que un producto permite alcanzar objetivos específicos a usuarios específicos en un contexto de uso específico").

En definitiva, tenemos una Internet de fácil acceso, ya no solamente en términos de conexión, sino de búsqueda y obtención de contenidos *de todo tipo*, y con limitadas exigencias de conocimientos o habilidades para sus usuarios. Gracias a todos estos avances y al complejo desarrollo técnico que precedió a cada uno, Internet se ha convertido en una plataforma de desarrollo de un sinnúmero de actividades, para millones de personas en el mundo. Tareas que, con los más diversos fines (información, interacción, entretenimiento, etc.), incluyen la comunicación entre personas (correo electrónico, salas de conversación o *chat*, videoconferencias, etc.), o la comunicación masiva (diarios, revistas, radios, y medios audiovisuales en línea), el comercio (negocios electrónicos entre empresas, comercio dirigido al público, etc.), y por supuesto, la educación y la capacitación de personas.

En términos simples, Internet se ha simplificado y se ha masificado,<sup>69</sup> y la tendencia parece estar lejos de revertirse. Mientras los usuarios pasan de ser demandantes a ser proveedores de contenidos,<sup>70</sup> y aprovechan las múltiples ventajas del sistema, múltiples iniciativas públicas y privadas intentan una penetración mayor de Internet para superar la así llamada “brecha digital” que separa a quienes gozan de tales ventajas de quienes no cuentan con los medios (económicos, culturales o de otro tipo) para hacerlo. Las posibilidades cuantitativas y sustantivas del desarrollo de Internet, parecen no tener límites.

---

<sup>69</sup> En diciembre de 2007, la estadística indicaba un número de usuarios que superaba a los 1.319 millones de personas, con un crecimiento mundial del 265.6% entre los años 2000 y 2007, conforme al índice *World Internet Users and Population Stats*, disponible en: <<http://www.internetworldstats.com/stats.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>70</sup> El controvertido concepto de “Web 2.0”, que hace referencia a una mayor participación e interacción entre los usuarios y el contenido disponible en Internet, principalmente en la Web. Al respecto, *vd.* FUMERO, Antonio, y ROCA, Genís *Web 2.0*. España, Fundación Orange, 2007. Disponible también como documento electrónico en: <[http://www.oei.es/salactsi/WEB\\_DEF\\_COMPLETO2.pdf](http://www.oei.es/salactsi/WEB_DEF_COMPLETO2.pdf)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

## CAPÍTULO IV

### LA ENSEÑANZA EN LÍNEA

#### 1. La educación a distancia

La idea más básica de educación reconduce, casi necesariamente, a la noción de una instrucción personalizada de un educador a un alumno, bajo el modelo clásico de la enseñanza presencial. Mas la creciente necesidad de formación y especialización en el trabajo, unida al desarrollo técnico de los medios de comunicación y de transporte, ayudó a que la interacción entre educadores y educandos dejara de ser considerada esencial, principalmente en lo relativo al aprendizaje de destrezas específicas (es decir, en la educación terciaria y en el aprendizaje de oficios).

Así como varían los medios de comunicación a través de los cuales “viaja” la instrucción, así también cada programa de educación a distancia (o híbrido entre educación presencial y educación no presencial) presenta características que le son propias, por lo que una definición de educación a distancia puede resultar difícil de construir. Los elementos comunes a las muchas definiciones existentes, y en definitiva los rasgos diferenciadores de la educación a distancia, son, para GARCÍA ARETIO<sup>71</sup>: la separación física entre profesor y alumno (la *distancia* propiamente tal); la utilización sistemática de medios y recursos técnicos para el intercambio de información; el aprendizaje individual; el apoyo de una organización de carácter tutorial, y la comunicación bidireccional. En consecuencia, se denomina educación a distancia a un proceso o “sistema

---

<sup>71</sup> GARCÍA ARETIO, Lorenzo, “Hacia una definición de educación a distancia”, en *Boletín Informativo de la Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia*. Abril, año 4, N° 18, España, UNED, 1987.



tecnológico de comunicación masiva y bidireccional, que sustituye la interacción personal en el aula de profesor y alumno como medio preferente de enseñanza, por la acción sistemática y conjunta de diversos recursos didácticos y el apoyo de una organización tutorial, que propician el aprendizaje autónomo de los estudiantes”.<sup>72</sup>

Para la UNESCO, en tanto, corresponde a un “proceso y sistema educacional en el que todo o una parte importante de la enseñanza es realizada por algo o alguien alejado espacial y temporalmente del discente”,<sup>73</sup> como una estructura de cierto nivel de organización mayor que en la idea –más general- de *aprendizaje* a distancia. Este último concepto es también inclusivo de algunas formas de la denominada “educación abierta” o “aprendizaje abierto” (*open learning*), término aplicable a otros sistemas de gran accesibilidad, donde el énfasis es colocado en la autonomía del rol del educando, siendo él quien determina *qué, cómo, cuándo* y *hasta dónde* estudiar durante el proceso de aprendizaje, con las herramientas entregadas por la entidad correspondiente, con un menor grado de control del proceso por parte de ésta, la que ni siquiera impone requisitos de ingreso.

Se señalan como motivos para llevar adelante programas de educación a distancia, principalmente, aspectos de accesibilidad, entre los que podemos citar: “La necesidad de buscar nuevos modelos de educación para atender a una población que por diversas razones ven limitadas sus posibilidades de asistir a los sistemas de enseñanza convencional; el interés de los gobiernos por incorporar a la estructura educativa de sus países, sistemas novedosos de instrucción apoyados

---

<sup>72</sup> *Ídem.*

<sup>73</sup> Para esta y otras definiciones aportadas por la UNESCO, relacionadas con la educación y la tecnología, *vd.* UNESCO, *Definitions* [en línea], disponible en: <<http://www.unesco.org/education/educprog/lwf/doc/portfolio/definitions.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

por los recursos de una era de desarrollo audiovisual y electrónico; la necesidad de ofrecer una opción de educación más barata, tanto para el individuo como para la sociedad; el deseo de democratizar la educación ofreciendo posibilidades de estudiar a la mayor cantidad de población posible; la esperanza de contribuir al desarrollo social y cultural de los países mediante sistemas de enseñanza con gran cobertura geográfica; [y] la expectativa de ofrecer por medio de los sistemas de educación a distancia un recurso eficaz de educación permanente”.<sup>74</sup>

Los medios de comunicación son el elemento estelar en los distintos programas de educación a distancia. Con ellos el estudiante interactúa y a través de ellos se comunica con la entidad académica responsable. Desde la época de los primeros cursos por correspondencia hasta nuestros días, los medios han tenido un importante desarrollo, el que incluye tanto la incorporación de revolucionarias tecnologías de la comunicación que “acortan” cada vez más la distancia entre institución y estudiante.

Se diferencian así, según el popular modelo utilizado por NIPPER,<sup>75</sup> tres *generaciones* de educación a distancia, denominación que hace referencia a modelos unidos históricamente al desarrollo de las tecnologías de producción, distribución y comunicación de materiales educativos. La *primera generación* es aquella realizada con materiales escritos o impresos mediante correspondencia,

---

<sup>74</sup> BRENES ESPINOZA, Fernando, *Principios y Fundamentos para una teoría de la Educación a Distancia* [en línea], documento electrónico disponible en: <[http://www.csuca.edu.gt/Sistemas/SICAR/sep\\_files/aplicacion\\_alumnos/contenidos/2\\_model13.htm](http://www.csuca.edu.gt/Sistemas/SICAR/sep_files/aplicacion_alumnos/contenidos/2_model13.htm)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>75</sup> NIPPER, Søren, “Third generation distance learning and computer conferencing”, citado por SAMMONS, Morris, “Exploring the New Conception of Teaching and Learning in Distance Education” en: MOORE, M. G. y ANDERSON, W. G. (eds.), *Handbook of Distance Education*. New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, 2003, pp. 387–400.

separándose así el conocimiento en un envase (el texto) y el medio de distribución (el correo).<sup>76</sup>

La *segunda generación* es la que integra al material impreso el uso de medios electrónicos de comunicación análogos, tales como la radio, la televisión e incluso el teléfono y –de forma limitada– el computador; hay allí también separación entre el contenido educativo (en el profesor) y el medio de emisión, con la lógica separación espacial y temporal.

La masificación del uso de computadores personales, significó la posibilidad de aprovechar la interactividad de los equipos computacionales (por ejemplo, con el uso del CD-ROM), aun antes de la revolución tecnológica comunicacional de fin de siglo. La presencia de Internet caracteriza a la actual *tercera generación* de la educación a distancia, a partir de los avances tecnológicos y los procesos de globalización y digitalización mencionados en el capítulo anterior, mediante el uso de redes telemáticas (sean a través de redes privadas o cerradas, o bien mediante Internet), y tecnologías tales como la videoconferencia, que aumentan las posibilidades de comunicación bidireccional.<sup>77</sup>

Lo que es común a las distintas iteraciones por las que atraviesa la educación a distancia, son algunas de sus *ventajas* comparativas frente a los

---

<sup>76</sup> RAMA, Claudio, “Un nuevo escenario en la educación superior en América Latina: la educación virtual”, en: *La Educación Superior Virtual en América Latina y el Caribe*. IESALC-UNESCO, México DF, México, 2004, pp. 39-51.

<sup>77</sup> Clasificaciones distintas a la de NIPPER, como la de James TAYLOR (Presidente del Consejo Internacional de Educación Abierta a Distancia, ICDE), consideran más fases de la educación a distancia, a saber: una primera generación de sistemas basados en correspondencia, una segunda que integra audio y video, una tercera que integra material audiovisual teletransmitido, una cuarta generación o modelo flexible que integra la comunicación en línea, y una quinta generación con mejoras técnicas sustanciales sobre la cuarta. Al respecto, *vd.* BURGOS, José, “Hacia un modelo de quinta generación en educación a distancia: una visión con perspectiva global” [en línea]. Disponible en: <[http://www.ateneonline.net/datos/15\\_03\\_Burgos\\_Vladimir.pdf](http://www.ateneonline.net/datos/15_03_Burgos_Vladimir.pdf)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

sistemas educativos convencionales, como por ejemplo: mayor cobertura geográfica, menor incidencia en la vida social y familiar del discente, optimización del uso de recursos de las instituciones educativas, posibilidad de lograr el propósito de educación continua o permanente, y ampliación de las oportunidades de estudio a una mayor cantidad de personas. A estas ventajas se unen ciertas *limitaciones*, que se traducen en exigencias para los gobiernos e instituciones que busquen el desarrollo de programas de educación a distancia, como los recursos que se requiere invertir (especialmente para su primera implementación), la relación entre costos y beneficios y la dificultad de su cálculo, la necesidad de existencia de una infraestructura comunicacional suficientemente desarrollada, y la necesidad de hábitos, habilidades y comportamientos de estudio independiente por parte de los estudiantes.<sup>78</sup>

## 2. El *e-learning*

Las ventajas que ofrece Internet en el campo de las comunicaciones son aprovechadas actualmente por los sujetos de la actividad educativa, aun si no corresponde a un modelo especial de educación virtual a distancia o de educación combinada.

Así, por ejemplo, cada estudiante puede buscar información aprovechando el entorno hipertextual, a través de los motores de búsqueda generales como Google, Altavista y Yahoo, o en bibliotecas virtuales organizadas. Archivos y documentos pueden ser enviados por correo electrónico, puestos a disposición de los alumnos en la *web*, o bajo el protocolo FTP (*File Transfer Protocol*). Respecto a la interacción, la consulta de dudas con el cuerpo docente puede realizarse mediante el correo electrónico, permitiendo mayor elaboración en las preguntas y

---

<sup>78</sup> BRENES ESPINOZA, Fernando, *op. cit.*

respuestas, sin interrumpir tiempo de clases y sin preocupaciones por la disponibilidad de estudiantes y académicos. Del mismo modo, pueden intercambiarse documentos, incluso de forma multidireccional, o bien recibir información actualizada por parte de una lista de correo. También puede existir interacción por medio de texto en foros de discusión (de manera asincrónica) y salas de *chat* (en tiempo real). Una buena capacidad de conexión permite, finalmente, la comunicación en tiempo real mediante la teleconferencia audiovisual.

Todo lo anterior relativiza el valor del factor presencial en la educación, y ha permitido la formación ya no tan solo apoyada por Internet, sino llevada a cabo principal o totalmente a través de ella. Como en muchos otros casos, la denominación de la educación por estos medios se da mediante el uso de una voz inglesa, "*e-learning*", u otras fórmulas que hacen alusión a la actividad educativa unida a la comunicación a través de redes digitales ("educación distancia digital", "educación virtual", "enseñanza digital", "aprendizaje en línea", "teleformación" etc.). Denominaciones todas que, a pesar de su imprecisión, son entendidas por quienes las manejan. Evidentemente, todas ellas entran en la categoría de educación a distancia.

El uso de la expresión *e-learning* es hoy generalizado, incluso entre la población hispanohablante, aun cuando podría inducir a error; esto como consecuencia de la presencia del prefijo "*e*", que a pesar de significar "electrónico", hace alusión a las diversas actividades que hoy usan Internet como plataforma de comunicación. Con razón, GARCÍA ARETIO estima que "[l]a mayoría de caracterizaciones o conceptualizaciones de este término [*e-learning*] llevan, en casi todos los casos, a considerar a esta forma de enseñar y aprender como una manera de educación, formación, enseñanza, instrucción..., o aprendizaje *a través*

de Internet. Y ello, suponemos, porque la Red puede integrar a los restantes formatos electrónicos, de almacenamiento de contenidos o de comunicación, diseñados para el aprendizaje".<sup>79</sup> Por estos motivos, utilizamos de forma indistinta en esta obra los diversos términos existentes, refiriéndonos en tales casos a la generalidad de las actividades educativas que se apoyan en las nuevas tecnologías de información y comunicación, y en particular, las que utilizan Internet como medio, sin discriminar entre los sistemas educacionales llevados completamente a distancia y aquellos que se sirven de las nuevas tecnologías como apoyo a actividades docentes.<sup>80</sup>

Entre las ventajas potenciales de la utilización en funciones educativas de las nuevas tecnologías de comunicación e información, la UNESCO considera:

"...además del alcance [geográfico], eficiencias derivadas de economías de escala y mejoras cualitativas tales como una mayor individualización del aprendizaje, mayor acceso a la información, y mayor uso de técnicas de simulación. [...] En el esfuerzo por solventar las nuevas y variadas demandas por educación y capacitación, el aprendizaje abierto y a distancia puede ser visto como una propuesta que es por lo menos complementaria y, bajo ciertas circunstancias, un sustituto apropiado para los métodos presenciales que aún dominan en la mayoría de los sistemas educacionales. Mientras los beneficios pueden ser evaluados por criterios técnicos, sociales y económicos, los métodos de aprendizaje a distancia tienen también su propio mérito pedagógico, llevando a distintas formas de concebir la generación y la adquisición de conocimiento".<sup>81</sup>

---

<sup>79</sup> GARCÍA ARETIO, "'e-Learning': las grandes ventajas de la nueva Educación a Distancia", en *El Mundo* (España), 6 de mayo de 2003 (cursivas nuestras).

<sup>80</sup> Se conoce como *b-learning* o *blended learning* (aprendizaje combinado) a aquella modalidad de enseñanza que combina, generalmente, métodos tradicionales de enseñanza presencial con métodos basados en las nuevas tecnologías, por lo cual lo referido al *e-learning* debe entenderse extensivo a aquella parte análoga en el *blended learning*.

<sup>81</sup> UNESCO, *Open and Distance Learning: trends, policy and strategy consideration*. París, UNESCO, 2002, pp.19-20 (traducción nuestra).

En otros términos, no es la educación a distancia con apoyo de las nuevas tecnologías comunicacionales ventajosa por sí misma, sin embargo, las oportunidades que las nuevas tecnologías ofrecen en el campo educacional son inmensas, tanto por la mejora de las ventajas de la educación a distancia en general, como por sus propias posibilidades.

El mayor alcance geográfico que sirvió como factor de impulso a la educación a distancia en etapas antecedentes, se convierte, con la educación en línea, en una ventaja mayúscula. La cobertura geográfica de Internet es virtualmente ilimitada, dándole al educando una flexibilidad espacial enorme, no ligada a un domicilio o lugar específico, sino capaz incluso de traspasar fronteras, internacionalizando la formación sin la necesidad de incurrir en costos de viajes o envíos de materiales por correo. Esto promueve la formación de un nuevo mercado educativo, con una mayor cantidad de demandantes y de oferentes, y la creación de nuevas entidades proveedoras de educación virtual a través de las “megauniversidades” globales, dispuestas a cubrir esta demanda, hasta hace un tiempo insatisfecha, de educación especializada de características flexibles.<sup>82</sup>

La ventaja que significa la flexibilidad espacial de Internet en el *e-learning* es potenciada, a su vez, por la asincronía entre el momento en que el contenido educativo está disponible y el momento en que el educando lo recibe, es decir, su flexibilidad temporal: Internet no tiene las restricciones horarias de bibliotecas, universidades y centros de estudio. El estudiante puede así, dependiendo de la flexibilidad del programa en el que se enrole y de su propio ritmo de aprendizaje, crear su propio cronograma de estudio, o bien accediendo a la preparación de una

---

<sup>82</sup> RAMA, Claudio, “Un nuevo escenario en la educación superior en América Latina: la educación virtual”, en: UNESCO, *La educación superior virtual en América Latina y el Caribe*, UNESCO-IESALC, México DF, México, 2004, pp. 31-32.

agenda ajustada a sus necesidades.<sup>83</sup> Esto va unido a otra ventaja: la gigantesca y creciente cantidad de material educativo en línea, de distinta naturaleza (texto, audio, video, bases de datos, etc.) que se mantiene constantemente disponible (aun obviando el posible material restringido), al que se puede acceder según las necesidades de tiempo del educando.<sup>84</sup>

El uso de computadores en educación, si bien no es algo reciente, ha evolucionado a la par con la tecnología, favorecido por la masificación del uso del computador personal como herramienta para muy diversas tareas cotidianas. El desarrollo a nivel de *hardware* como de *software* ha hecho aumentar las formas de comunicación realizables mediante Internet, lo que ha dotado al *e-learning* de una de sus más importantes ventajas sobre otros sistemas de educación a distancia: la interactividad. Esto se traduce, por una parte (y siempre dependiendo del modelo específico de educación virtual), en un mayor dinamismo de los programas educativos, es decir, en un intercambio activo entre el estudiante y la máquina en un contexto de enseñanza o de evaluación; por otra parte, el estudiante puede comunicarse o interactuar de manera rápida con el cuerpo docente o con otros estudiantes, para aclarar dudas, intercambiar experiencias o trabajar en grupo con personas físicamente muy distantes. Todo lo cual, además de suplir con creces la ausencia física del cuerpo docente (con la creación de un “ambiente virtual” académico), abre un amplio abanico de posibilidades de aprendizaje.

Como beneficios de carácter secundario (y relativo a cada situación) del *e-learning*, podemos mencionar, en primer lugar, la mayor familiaridad que logra el estudiante con el entorno virtual y las nuevas tecnologías, y el desarrollo de

---

<sup>83</sup> BURGOS, *op. cit.*, p. 12.

<sup>84</sup> Si bien existe cierto nivel de consenso en que no todo el material disponible en Internet tiene el mismo nivel de rigurosidad científica, credibilidad o valor académico, consideramos que la utilidad de Internet en el autoaprendizaje aumenta considerablemente si el educando cuenta con la orientación por parte de las instituciones académicas para la selección de material.



habilidades cada vez más necesarias en un sinnúmero de actividades; en segundo lugar, el fomento a la autonomía en el aprendizaje, al poner de cargo del estudiante gran parte de la actividad encaminada a un logro académico, lo que incide sobre aspectos de la personalidad del estudiante.

La disminución de costos que antes mencionáramos no es algo que aprovechen solamente los estudiantes por su libertad en la determinación de tiempo y lugar de recepción de información y estudio. También para las instituciones educacionales el *e-learning* significa una oportunidad a menores costos, principalmente de tipo económico. Si bien es un aspecto atingente a cada institución o modelo de enseñanza virtual, el costo marginal de ampliar la cobertura de tales programas es dramáticamente inferior al de ampliar el alcance cuantitativo de la clase presencial.<sup>85</sup> Estamos en presencia de condiciones de gran alcance de los programas educativos impartidos por instituciones de prestigio, que pueden aprovecharse a nivel global, a fin de que la población pueda mantener actualizados sus conocimientos específicos y acceder a la educación permanente.

Como contraparte, el *e-learning* muestra ciertas inconveniencias o desventajas, como por ejemplo, deficiencias en la infraestructura tecnológica y comunicacional de un país o territorio: acceso desigual, altos costos de adquisición, equipos obsoletos, discontinuidad o insuficiencia de los servicios energéticos o de comunicación, etc. Lo mismo podría afectar a la actividad educativa: altos costos para la producción de material educativo y la implementación en red, bajo nivel de inversión en capacitación de personal, falta de canales de comunicación, etc. Costos que por su dimensión tendrían por consecuencia que el acceso se limitara a clases acomodadas. Sin embargo, estamos hablando de costos que han descendido

---

<sup>85</sup> A esto se refiere la UNESCO con la mención del aprovechamiento de economías de escala en la educación con apoyo en las nuevas tecnologías. *Vd. supra*, nota 80.

sostenidamente en la última década mientras el gasto en tecnología aplicada a la educación gana en importancia.

Además de las barreras de tipo económico, existen barreras de tipo mental a la educación digital, encontramos: el prejuicio de considerar al *e-learning* como una forma de educación inferior a la presencial; el temor del cuerpo docente a perder el control y la autoridad que le otorga la educación presencial, con una consecuente alienación de la comunidad académica; una posiblemente insuficiente autodisciplina del estudiantado; y finalmente el más genérico temor al cambio en la forma y metodología de enseñar y aprender, que lleva a una enseñanza virtual que desaprovecha las posibilidades de las nuevas tecnologías, tendiendo a reproducir con ellas lo que se hacía ya sin ellas (por ejemplo, la mera entrega de textos, ahora en formato digital).<sup>86</sup> Lo cierto es que, sin importar los fundamentos de tales prejuicios, y si bien ellos podrían subsistir, estamos en medio de un proceso de cambio y de apertura de posibilidades, de mayor participación de instituciones de prestigio, mayor participación de profesionales y docentes, y progresivo reconocimiento a nivel social, con lo que la renuencia que todo cambio enfrenta en un principio tiende a menguar.

### **3. Aspectos técnicos elementales**

El uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en entornos educativos llevó, como dijimos, a crear modelos educativos que prescinden (en distinto grado) de la presencia del estudiante, mediante el uso de las herramientas ya existentes en Internet.

---

<sup>86</sup> BATTRO, Antonio M. y DENHAM, Percival J., *La Educación Digital*. Buenos Aires, Emecé, 1997. Disponible como documento electrónico en: <<http://www.byd.com.ar/edwww.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].; DHANARAJAN, Gajaraj, "Distance education: promise, performance and potential", en *Open Learning*, vol. 16 no. 1 (2001), pp. 61-68.

No obstante, y tal como ocurre con otras actividades, la educación a distancia mediante Internet ha ayudado al desarrollo de innovadoras tecnologías de comunicación y gestión educativa, para responder a necesidades propias de los fines docentes, que “favorecen las oportunidades de educación y desarrollo profesional a través de su uso y aplicación [tales como]: Sistemas de Gestión del Aprendizaje (*Learning Management Systems, LMS*), Sistemas de Administración de Contenidos (*Content Management Systems*), Audio y Video Interactivo, Multimedia Interactiva (*IMM*), Teleconferencia, Videoconferencia, Video Bajo Demanda (*VOD*), Transmisión Interactiva de Audio y Video por Internet (*Webcasting*)”,<sup>87</sup> entre otras. La gestión de cursos de *e-learning* es así llevada a cabo por programas que adoptan algunas características de tales de tecnologías o bien administran contenidos de manera particular. De todas estas alternativas de administración docente, dos de los sistemas de administración de cursos (*course management systems, CSM*) más difundidos y utilizados son Blackboard y WebCT.

Con todo, lo cierto es que es de la combinación de las distintas funcionalidades que conjuga Internet, resulta la tendencia de cada institución de crear su propia plataforma de educación virtual a distancia, por lo que en la actualidad existe un sinnúmero de programas y proyectos de programas de *e-learning*, diseñados conforme a los elementos que lo componen: el contenido educativo, la metodología pedagógica y la plataforma tecnológica.

El *contenido* no se refiere tan sólo a la educación como proceso formativo en un sentido clásico, sino que –como hemos afirmado desde capítulos anteriores– se extiende a la formación constante y a la actualización de conocimientos y destrezas específicos a cierta área. Es por ello que el *e-learning* tiene como grandes

---

<sup>87</sup> BURGOS, J., *op. cit.*

impulsores no solamente a las universidades, sino también a la empresa privada; asimismo, los objetivos educativos pueden centrarse tanto en especialización académica, por un lado, como en el desarrollo de ciertas competencias laborales, por otro.

La *metodología* de desarrollo del proceso de enseñanza-aprendizaje propia de cada programa de educación en línea varía en función de los objetivos perseguidos, como también de la capacidad tecnológica o del aprovechamiento de ella para el enriquecimiento de la experiencia del aprendizaje. Por ello, los distintos modelos de *e-learning* enfatizan de forma variable el aprendizaje colaborativo, la discusión, la experimentación, la simulación, el juego, o bien el autoaprendizaje o la reproducción a distancia de formas tradicionales de enseñanza (un virtual “ambiente de aula”). Varían, asimismo, las formas de evaluación.

La *tecnología* de la que se sirve cada modelo de *e-learning* como vía de transmisión del contenido educativo, es basada -naturalmente- en Internet, y principalmente en la *web*, con distintos programas según lo que el diseño metodológico ordene; se utilizan las formas de comunicación preexistentes y otras tecnologías ad hoc, como pizarras electrónicas compartidas o laboratorios virtuales remotos. Por cierto, el equipo de recepción no es necesariamente un computador de escritorio o siquiera uno portátil: es también posible el uso de teléfonos móviles y asistentes personales digitales o PDAs (*personal digital assistant*) con capacidad de conexión a Internet.<sup>88</sup> De la metodología dependerá si la tecnología a utilizarse debe centrarse en la enseñanza y comunicación simultánea o asíncrona.

---

<sup>88</sup> En el caso de estos dispositivos, suele hablarse de *mobile learning*.

#### 4. Desarrollo e importancia

El *e-learning* en sus distintas modalidades es, hoy en día, la forma más eficiente de proveer formación en las más diversas áreas del conocimiento, de manera continua, Las ventajas que antes señaláramos han llevado al *e-learning* a un lugar de creciente importancia en los programas de las entidades clásicas de educación, como también en la capacitación en las empresas.<sup>89</sup>

Asimismo, el *e-learning* puede llevar a transformaciones profundas, como entender la formación, y su integración en la vida diaria de cada miembro de la sociedad de la información, ya no como la acumulación previa de conocimientos, sino como un proceso en que los atributos cruciales son la formación continua y el acceso inmediato (provisto por las tecnologías) a conocimientos actualizados necesarios para enfrentar problemas concretos en el ejercicio diario de una actividad.<sup>90</sup>

El crecimiento cuantitativo actual y futuro de programas de formación en línea hace necesario poner esfuerzos en el aseguramiento de la calidad de los programas ofrecidos, por lo que temas como la acreditación y la calificación de las instituciones educativas y sus programas de *e-learning* ganan fuerza. No es suficiente con invertir recursos en una mejor o más avanzada plataforma tecnológica: el objetivo central es la educación. Como destaca VICTORIA, “lo fundamental es contar con un marco teórico factible de llevar a la realidad, en el

---

<sup>89</sup> Sin ir más allá de nuestras fronteras, el Estudio Nacional sobre Tecnologías de Información ENTI 2007, elaborado por el Centro de Estudios de Tecnologías de Información de la Pontificia Universidad Católica de Chile, muestra que de las 144 empresas más grandes del país, un 47,8% utiliza actualmente el *e-learning* como herramienta de apoyo al negocio, casi diez puntos porcentuales por sobre el estudio del año anterior.

<sup>90</sup> GOÑI, Juan José, “Del E-Learning a la formación ‘Just-in-Time’” [en línea]. Disponible en: <<http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=1158>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

que se precisen los elementos pedagógicos, comunicativos y tecnológicos en función del aprendizaje. Si no es así, se corre el riesgo, de desperdiciar las ventajas comunicativas y de interacción que ofrece la plataforma tecnológica con la realización de ejecuciones académicas de corte tradicional, en las que más que nada interesa la mera retransmisión del conocimiento, reiterativamente, debido a que las NTICs se asumen como un sustituto del maestro”.<sup>91</sup>

Ese énfasis en lo tecnológico, o bien en el provecho comercial que puede obtenerse mediante la promoción de la educación como un *commodity* (mercancía genérica, que otorga cierto valor agregado) de más fácil obtención gracias al *e-learning*, mientras se ofrecen programas deficientes, son capaces de revivir los viejos prejuicios que sufría la educación en “cursos por correspondencia”, en perjuicio de quienes entran a tales programas para mejorar sus expectativas laborales. Si bien tales prejuicios pueden tener ciertos fundamentos,<sup>92</sup> ello no es suficiente para negarse a la educación a distancia, sino para encargarse de que existan mejoras en ella.

Para ello es importantísimo que exista un real compromiso institucional por parte de los educadores, proveyendo de servicios suficientes y reconocimiento formal a los estudiantes, y que se supere la posible falta de correspondencia entre los contenidos impartidos en un programa con alcance global, y las necesidades y

---

<sup>91</sup> VICTORIA, Neyber, “Esfuerzos multidisciplinares para la creación de un Aula Virtual”, ponencia en el *Primer Taller MesoAmericano y del Caribe de Biblioteca Digital y de Educación a Distancia*. México, 2002, p. 5.

<sup>92</sup> SIMMONS argüía, en 2001, que los programas de educación a distancia (tan extendidos gracias a Internet) son sólo una estrategia de reducción de costos, y que quienes están “preocupados con los valores educativos” deberían oponerse a su implementación, al menos en los Estados Unidos. Con los resultados de algunos estudios estadounidenses a la vista, acusa la exigencia de una mayor demanda de tiempo y el interés principalmente económico de los programas de *e-learning*, centrados en la tecnología y la reducción de costos, que beneficiarían finalmente a los grupos acomodados y las universidades prestigiosas. Vd. SIMMONS, Jack R., “Distance Learning: Education or Economics?”, en *International Journal of Value-Based Management*, no. 16. Holanda, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 157-169.

la realidad local del estudiantado. Por último, es clave aprovechar las ventajas de las tecnologías, y no perder de vista que es una preocupación de la mayor importancia en el mundo actual el aseguramiento de una mayor equidad e igualdad de oportunidades de acceso a la educación para quienes históricamente no las han tenido.<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> DHANARAJAN, G., *op. cit.*

## CAPÍTULO V

### COLISIÓN Y ARMONIZACIÓN DE DERECHOS EN EL ENTORNO DIGITAL

#### 1. El ejercicio de derechos en el mundo digital

Hemos dicho que gracias al desarrollo y la masificación de las tecnologías de la información y la comunicación, y a una cada vez mayor demanda por especialización y formación continuas, ha surgido y crecido en popularidad el *e-learning* como alternativa para cubrir esa demanda. Si bien existen aspectos que pulimentar (como el alcance y la calidad), la confluencia de educación y tecnología comunicacional parece tener buen presente y mejor futuro.

La relación de estos dos elementos –educación y tecnología- separadamente considerados por una parte, y el derecho de autor por otra, no es siempre igual de sinérgica, complementaria o siquiera pacífica. La forma en que históricamente se ha enfrentado los desequilibrios entre el derecho de autor, y otros intereses como la educación y el progreso científico y tecnológico, ha sido a través de excepciones y limitaciones a las prerrogativas de carácter exclusivo y de índole patrimonial que otorga la propiedad intelectual. Cuando los tres elementos concurren simultáneamente, esa relación se vuelve aun más difícil, siendo especialmente sensible el caso del *e-learning* como actividad institucionalizada de formación digitalmente mediatizada (en oposición a la mera existencia de material educativo en la red).

Como acabamos de decir, los problemas comienzan aun antes de hablar de uso de tecnologías de comunicación con fines educacionales. El campo del derecho



de autor ha enfrentado grandes desafíos desde que la digitalización y el uso de Internet ganaron presencia masiva en la sociedad. Si bien parte de ello fue abordado en décadas pasadas, como ocurrió con la regulación especial del derecho de autor de los programas computacionales, el traspaso de información lleva los problemas a otro nivel. GARROTE<sup>94</sup> reconoce que el traspaso de átomos a bits implica seis consecuencias que hacen problemático el entorno digital: la facilidad de reproducción de las obras<sup>95</sup>; la fácil distribución de tales copias; la alta calidad de las mismas sin menoscabo de la obra reproducida; la equivalencia de formato (que permite transmisión por un mismo medio); la posibilidad de fácil modificación de las obras, la y posibilidad de transmisión sin que el transmitente pierda su copia.

Saber si el funcionamiento de Internet implica o no formas de uso que infringen los derechos exclusivos de los titulares de derechos de autor, requiere elucidar la naturaleza misma de cada utilización. Existe cierto consenso en la concurrencia de al menos dos formas de utilización:

i) La *reproducción*, en diferentes momentos de la interacción digital. En rigor, la información no “viaja” de un punto a otro tanto como “se copia” de un servidor a otro, hasta llegar al ordenador del usuario final. Así, se reconoce:

“Las reproducciones técnicas, efímeras, o intermedias son las que se efectúan en los puntos intermedios de la Red en el proceso de transmisión de un punto a otro. Las copias caché son las reproducciones derivadas del fenómeno del *caching*. Dentro de estas últimas hay dos subtipos: locales y del sistema. Las caché locales son reproducciones creadas por el computador del usuario de

---

<sup>94</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *op. cit.*, pp. 10-11.

<sup>95</sup> Destaca NEGROPONTE la posibilidad de crear copias digitales perfectas y perennes de las obras intelectuales, a muy bajo costo, llegando a cuestionar el valor mismo de la propiedad intelectual. Cfr. NEGROPONTE, Nicholas, *Being Digital*. Edición en español: *El mundo digital. El futuro ha llegado*. Barcelona, Ediciones B, 1999, p. 58.

forma automática por el navegador y se clasifican en no persistentes y persistentes. Las primeras desaparecen cuando se sale del navegador mientras que las locales persistentes residen en la memoria del computador del usuario durante un cierto período de tiempo. Las copias caché del sistema son reproducciones que los distintos servidores web realizan sistemáticamente, se almacenan en computadores intermedios de Internet. Las copias RAM son reproducciones que ocurren en la memoria RAM del computador del usuario en el proceso de visualización o audición de la obra en la pantalla, que se borran tan pronto como la obra desaparece de la pantalla o se apaga el computador. Las reproducciones temporales en sentido estricto, tienen un tiempo de duración más o menos variable, pero permiten el acceso a la obra y su posterior utilización, con lo que caen dentro del derecho de reproducción. Las reproducciones temporales pueden ocurrir tanto en el computador del usuario como en los computadores de los servidores web que albergan páginas ajenas”.<sup>96</sup>

Además de las reproducciones que significan la “digitalización” de una obra (traspaso a formato digital y almacenamiento en el mismo formato), en todos los casos referidos al “viaje” en el entorno digital, el concepto internacionalmente aceptado de reproducción como derecho patrimonial exclusivo, es plenamente aplicable.<sup>97</sup> La cantidad de reproducciones que se efectúan para fines de funcionamiento de la red es tal, que se ha hecho necesario distinguirlas y establecer excepciones específicas para las llamadas “reproducciones efímeras”, para no dejar a las redes de información sin capacidad operativa; excepciones cuya

---

<sup>96</sup> CANALES NETTLE, Patricia, *El Derecho de Autor y la Aplicación de los Tratados de la OMPI en la Directiva de la Unión Europea y en la Legislación de Estados Unidos, Australia y Japón*. En: Serie de Estudios, Biblioteca del Congreso Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Año XIV, N° 294. Santiago, junio de 2004, nota 4.

<sup>97</sup> Como se ha aclarado en las declaraciones concertadas respecto del artículo 1.4 del TODA, y los artículos 7 y 11 del TOIEF, el derecho de reproducción es “totalmente aplicable en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna”.

formulación no ha estado exenta de cuestionamiento, y cuya recepción en los sistemas normativos internos no es todavía universal.

ii) La *puesta a disposición del público*, análoga al concepto de *comunicación pública*. Se trata de un concepto más bien genérico con el que se intenta suplir las deficiencias de cobertura de otros derechos exclusivos, como el de distribución y el de publicación, para acoger las transmisiones interactivas digitales, a falta de otra fórmula de aceptación unánime. El problema de la determinación de la que, en rigor, significa una nueva forma de explotación de una obra, ha sido abordado en numerosas ocasiones por la doctrina y la jurisprudencia a nivel internacional, sobre lo cual da cuenta detallada GARROTE.<sup>98</sup> También ANTEQUERA<sup>99</sup> se refiere en este punto a “puesta a disposición de contenidos en las redes digitales”, en lugar del concepto de “comunicación al público”, que es como lo menciona el TODA y al que se asigna la definición correlativa en la ley chilena.

Lo relevante en las redes digitales es que no se trata de una simple ejecución o de una transmisión similar a la radiodifusión análoga (aun si es en *formato digital*), sino que existe una puesta a disposición del público, siendo éste el que decide el momento en que accederá a la obra, en lo que se denomina comunicaciones públicas “interactivas” o “a la carta”. La amplitud de la descripción del TODA tiene por fin incluir esta forma de utilización; hace valer su utilidad, además, en casos como el del derecho chileno, donde no hay una delimitación clara entre las formas de utilización protegidas y las definiciones legalmente consagradas (*vide infra*).

---

<sup>98</sup> GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I., *op. cit.*, pp. 171-213.

<sup>99</sup> ANTEQUERA PARILLI, R., *Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital* en el XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2, del 26 de octubre de 2005.

Los grandes desafíos que el derecho de autor enfrenta actualmente, a raíz de la insondable utilización de millones de obras, tienen relación con la pérdida de mercados por la facilidad con que las obras viajan a través de la red Internet. Esta es una realidad que las así llamadas “industrias culturales” o “industria del entretenimiento” (en especial, las industrias cinematográfica, discográfica y televisiva) han asumido como negativa para sus intereses, pues como nunca antes la información y el arte pueden llegar a más personas en todo el planeta, mas con escasa o inexistente retribución económica para los titulares de derechos de autor, alterando seriamente toda una estructura de negocios en torno a los bienes culturales.

Este aspecto del crecimiento comunicacional, unido a la colosal proliferación de obras intelectuales puestas a disposición del público por millones y millones de usuarios (en *photologs*, *weblogs*, etc.) ha significado años de encendidos debates sobre la creatividad, la difusión de la cultura y los intereses (a veces dispares) de los artistas y los titulares de derechos de autor. Se trata de la arista de la propiedad intelectual que mayor atención del público general ha atraído en el último tiempo, y en la que el logro de un equilibrio satisfactorio parece tarea titánica ante tantas voces disonantes.

## **2. El equilibrio en el ejercicio de los derechos**

Ante un escenario complejo y de incesante evolución, el derecho de autor se ve sobrepasado: parece no ser operativo en el ciberespacio a pesar de las modificaciones introducidas en los últimos años. El desarrollo en la tecnología que permite la difusión de las obras intelectuales ha sido de tal magnitud y rapidez que no se ha alcanzado a ver una reacción adecuada, que además permita

eficientemente un resguardo de los distintos intereses en juego con miras a los cambios que la tecnología todavía ha de experimentar.

Ante la eventualidad que las prerrogativas exclusivas a título de derecho de autor puedan implicar un importante desequilibrio, o incluso constituir un despropósito, cuando ellas limitan actividades importantes para el desarrollo, como la educación y la investigación científica, ese posible desequilibrio se ha enfrentado de diversas formas.

## 2.1 Limitaciones y excepciones

Las limitaciones y excepciones al derecho de autor corresponden a reglas de permisión de uso de obras intelectuales protegidas, sin mediar la autorización de los titulares de derechos de autor que el monopolio de explotación exige. En su fundamento está la búsqueda de satisfacción de ciertos intereses legítimos de la comunidad en tales usos, como el ejercicio de otros derechos fundamentales y la difusión de la información y la cultura, como también la intención de corrección de fallas del mercado (por ejemplo, cuando el contacto entre usuarios y titulares es imposible o muy costoso),<sup>100</sup> en virtud del equilibrio que se busca entre el derecho de autor (y los derechos conexos) y otros derechos fundamentales.<sup>101</sup>

No obstante, ese reconocimiento es necesariamente parte del derecho positivo, y por tanto queda sujeto a las legislaciones internas de los países, con el necesario efecto que “la noción de ‘interés legítimo’ o ‘interés público’ es esencialmente un asunto de política nacional: lo que constituye el interés público en un país, no lo es necesariamente en otro. Técnicamente, las limitaciones reflejan

---

<sup>100</sup> DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, A., *Derecho Privado de Internet*. 2ª edición actualizada. Madrid, Civitas, 2001, p. 272.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ MORENO, S., *op. cit.*, p. 66.

la evaluación de los distintos legisladores de la necesidad y conveniencia para la sociedad de utilizar una obra frente a las consecuencias de tal medida para los intereses económicos de los titulares de derechos. Los resultados de dicha evaluación determinarán las más de las veces qué limitaciones se establecen en la legislación nacional y la forma que ha de adoptar cada limitación”.<sup>102</sup>

Aun cuando hemos hecho ligera mención de las excepciones contempladas en los más importantes tratados internacionales sobre derecho de autor (*vide* Capítulo I), resulta evidente que no existe una armonización cabal en el plano internacional de las limitaciones a los derechos de autor y los derechos conexos. En efecto, aquel que consideramos como el principal instrumento internacional en materia de derecho de autor, el Convenio de Berna, contiene solamente una excepción que podemos calificar como obligatoria para todos los países miembros de la Unión de Berna: el derecho de cita. El resto de las limitaciones contempladas es resultado de arduas discusiones en las diferentes revisiones del Convenio, y su adopción interna es de carácter facultativo para los Estados partes, regulando el Convenio los márgenes de aplicación si se produce tal recepción.

Las excepciones y limitaciones al derecho de autor están relacionadas con la forma en que se utilicen las obras, relación que se muestra de forma distinta en el *common law* y el derecho de tradición europea continental. ANTEQUERA, sobre estas diferencias, señala:

“Si bien en ambos sistemas se reconoce el principio por el cual el autor tiene el derecho a la explotación de su obra, en el ‘copyright’ tales derechos de explotación son los tipificados por la ley, mientras que en el ‘derecho de autor’ el creador tiene el derecho exclusivo de explotar su obra ‘bajo cualquier forma o

---

<sup>102</sup> GUIBAULT, Lucie, *Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de adaptación al entorno digital*. UNESCO, Boletín de Derecho de Autor, octubre-diciembre 2003, p. 3.

procedimiento', salvo excepción legal expresa, de manera que las modalidades de utilización que conforman el derecho patrimonial no están sujetas a 'numerus clausus'".<sup>103</sup>

En otras palabras, el *droit d'auteur* reconoce derechos patrimoniales en número abierto. Se trata de una diferencia casi sin sustancia, debido al progresivo acercamiento en las fórmulas de regulación en uno y otro sistema (el constante esfuerzo de armonización internacional); por lo demás, la postulación de la existencia de un sistema de *numerus apertus* enfrenta el cuestionamiento que conlleva la colisión de un sistema tan extensivo con otros intereses legítimos del público general.<sup>104</sup>

Donde la distinción es más clara, es en la manera de establecer excepciones y limitaciones, invirtiéndose la regulación entre *numerus clausus* y *numeros apertus*. Al respecto, resume ANTEQUERA:

"Mientras en el sistema continental, esas excepciones o limitaciones al derecho exclusivo son específicas y de interpretación restrictiva, en el 'copyright' la figura del 'fair use' o 'uso leal' es más amplio y su interpretación queda diferida a los tribunales, especialmente a través de la figura de la 'infracción de buena fe' ('innocent infringement')".<sup>105</sup>

Existe, no obstante, un elemento común establecido a nivel internacional. La revisión de Estocolmo de 1967 del Convenio de Berna introdujo uno de los elementos más relevantes en la regulación de las excepciones y limitaciones, al imponer a los países tres condiciones para la imposición de limitaciones del

---

<sup>103</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Propiedad Intelectual...*, op. cit.

<sup>104</sup> Entender de manera irrestricta la titularidad de derechos sobre los usos no cubiertos, llevaría a dejar en la ilegalidad un sinnúmero de situaciones en que se pretenda ejercer otros derechos fundamentales o en que la afectación de los intereses económicos de los titulares sea al menos cuestionable o difusa, como por ejemplo, en ciertas hipótesis de préstamo.

<sup>105</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Propiedad Intelectual...*, op. cit.

derecho de reproducción (Art. 9.2). La así llamada **prueba de los tres pasos**, prueba del criterio triple o prueba de las tres condiciones (*three step test*) logró extenderse en aplicación, a partir de los tratados sobre derecho de autor a mediados de la década de 1990 (Artículos 10.1, y 10.2 del TODA, Artículo 16.2 del TOIEF, Artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC), a las demás excepciones a los derechos de autor, y además, a los derechos conexos.

La prueba de los tres pasos, en suma, sirve actualmente de restricción general a todas las excepciones previstas o que hayan de introducirse en las legislaciones internas sobre derecho de autor y derechos conexos. Ella consiste en un requisito de límites razonables, un conjunto de estándares mínimos a tales excepciones y limitaciones, que se instituye como criterio uniformador ante la mentada ausencia de armonización internacional. Se manifiesta como tres requisitos o “etapas”, sin formulación normativa rígida,<sup>106</sup> que constituyen lo que se denomina “usos honrados” de una obra:

(1) Que las limitaciones y excepciones se circunscriban a **determinados casos especiales**, es decir, que cada limitación esté expresa y claramente definida y delimitada en cuanto a su alcance y aplicación en la ley;<sup>107</sup>

---

<sup>106</sup> Una materia que ha venido estudiándose en los últimos años, es el alcance de cada uno de los “pasos” del *test*, ante la vaguedad normativa en la materia. La discusión creció especialmente a partir de un informe en el marco del sistema de resolución de conflictos en el seno de la Organización Mundial de Comercio, el célebre Informe del Grupo Especial del 15 de junio de 2000, “Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley Sobre el Derecho de Autor” (WT/DS160/R), que contempla un análisis pormenorizado de cada una de las etapas.

<sup>107</sup> RICKETSON, Sam, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Novena sesión, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, documento SSCR/9/7, p. 23. Cabe destacar que RICKETSON abogaba por una consideración al propósito o finalidad de la excepción como parte del análisis de este primer paso, aspecto en el que el informe del Grupo Especial no estuvo de acuerdo; con posterioridad, RICKETSON concedió que el propósito debía ser objeto de examen dentro de las otras dos etapas del *test*.



(2) Que **no afecten la explotación normal de la obra**, con lo que quiere decirse que las excepciones no deben afectar a un mercado actual o potencial de la obra, de importancia económica y práctica considerable; además, no debiera existir competencia económica entre las formas de utilización exentas y aquellas de las que comúnmente obtenga valor económico el titular de derechos; y finalmente,

(3) Que **no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses** del titular de derechos de autor (o de derechos conexos).<sup>108</sup> Esta última etapa implica un análisis del valor formal y material (es decir, la justificación externa y la interna) de los intereses del titular de derechos, frente al perjuicio que atente contra el necesario equilibrio entre ellos y aquellos intereses que justifican la limitación, convirtiéndose así en perjuicios irrazonables o “injustificados”, bajo un criterio de proporcionalidad.

Para los sistemas donde las limitaciones son de carácter excepcional y taxativo, es decir en el sistema de tradición jurídica continental, la prueba de los tres pasos impide que por vía de las excepciones se abuse en la utilización no autorizada de obras protegidas. Ello es capaz de traer problemas, pues al restringir en demasía el alcance de las excepciones, puede vulnerarse el principio de neutralidad tecnológica, en la medida en que la introducción de nuevas tecnologías no permita acogerse a excepciones ya creadas para “casos especiales” propios de las tecnologías preexistentes.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> Es digno de mención el cambio en la formulación del tercer paso o etapa del *test*, referido en un principio a los intereses del autor (en el Convenio de Berna), y luego trasladado a los intereses de los titulares de derechos de autor (en el Acuerdo sobre los ADPIC), es decir, de quienes explotan económicamente la obra independientemente de su rol en el proceso creativo.

<sup>109</sup> Sobre las consecuencias de la prueba de los tres pasos, *vd.* GEIGER, Christophe, *El Papel del Test de las Tres Etapas en la Adaptación del Derecho de Autor a la Sociedad de la Información*. UNESCO, Boletín de Derecho de Autor, enero-marzo 2007.

Menor tensión con dicho principio encontramos en la legislación estadounidense de derecho de autor, gracias a la existencia del sistema del “uso leal” o *fair use*, básicamente opuesto al sistema de excepciones en listado taxativo.<sup>110</sup> El *fair use* es originalmente de desarrollo jurisprudencial,<sup>111</sup> y está recogido en la ley federal sobre derecho de autor (*Copyright Act of 1976, Chapter 17 United States Code § 107*). Conforme a este sistema,<sup>112</sup> el uso leal por *cualquier medio*, para fines de crítica, comentarios, información, educación o investigación<sup>113</sup> no es una infracción del derecho de autor. Se determina la aplicabilidad de la cláusula en consideración a: (1) el propósito y carácter del uso, incluyendo la finalidad (comercial o educativa), (2) la naturaleza de la obra, (3) la cantidad y la entidad (*substantiality*) de la porción de la obra usada y (4) el efecto en el mercado potencial de la obra. Por cierto, la naturaleza jurisprudencial del derecho estadounidense no impide la consideración por los tribunales de justicia de otros factores, dependiendo de cada caso.

El enfoque de la limitación al derecho de autor del *fair use* tiene utilidad por su amplia aplicabilidad y flexibilidad, al someter la limitación a *criterios de aceptabilidad* en lugar de subsumibilidad en supuestos de hecho específicos; y al considerar el *propósito* de la utilización, aspecto elemental para las actividades relacionadas con la educación. Ello, sin perjuicio de la dificultad que puede

---

<sup>110</sup> En un punto intermedio entre el sistema “abierto” del *fair use* y el sistema “cerrado” del derecho continental, existe el sistema “semicerrado” presente en el Reino Unido y otros países del *Commonwealth*, conocido como *fair dealing*, y cercano en espíritu al *fair use*. Este consiste en un criterio de apreciación de la validez de las excepciones relativas a la crítica, a la información o a objetivos educativos, considerando del grado de “copia” de la obra en función del propósito invocado frente a los intereses sobre la explotación normal de la obra.

<sup>111</sup> *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342 (CC Mass. 1841).

<sup>112</sup> *Copyright & Fair Use Overview*, Stanford University Libraries and Academic Information Resources. Disponible en: <[http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/chapter9/index.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/chapter9/index.html)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>113</sup> El estatus de la parodia es contingente, resolviéndose a nivel judicial en atención a la finalidad presunta de la obra, y en la mayoría de los casos a favor de la consideración como uso leal. *Vd. Campbell v. Acuff-Rose Music*, 510 U.S. 569 (1994) y *Suntrust v. Houghton Mifflin Co.*, 252 F. 3d 1165 (11th Cir. 2001).

implicar la necesidad de equilibrio en la ponderación de tales criterios en casos limítrofes, donde se carece de certeza previa suficiente; motivo por el cual a lo largo del tiempo se han instaurado limitaciones y excepciones de carácter específico,<sup>114</sup> algo que se ha dado con fuerza en los últimos años a consecuencia del avance tecnológico en las comunicaciones.<sup>115</sup> Por otro lado, no deja de ser problemático el análisis de este sistema abierto frente a la prueba de los tres pasos, aun cuando se trate de un problema de índole más bien formal que práctico.<sup>116</sup>

Las distintas excepciones y limitaciones a los derechos exclusivos que podemos encontrar, tanto a nivel de regulación internacional como en las legislaciones nacionales, pueden ser divididas en distintos grupos según su justificación o *ratio legis*:<sup>117</sup>

- Una primera categoría, corresponde a las excepciones consagradas en función del *respeto a libertades fundamentales*, tales como la libertad de expresión, el derecho de prensa y el derecho a la información. Entre ellas encontramos: el derecho a citar obras o alocuciones públicas de carácter crítico, polémico, educativo, científico o informativo con el propósito de emitir una crítica, de informar sobre acontecimientos de actualidad; el derecho a reproducir, dar a conocer, o transmitir discursos u otras comunicaciones públicas; el derecho a reproducir informes noticiosos, informes diversos o artículos relativos a temas económicos, políticos o religiosos aparecidos en medios masivos de comunicación;

---

<sup>114</sup> Los artículos (*sections*) 108 al 122 U.S.C., se refieren a muy específicas excepciones, reguladas según el tipo de obras utilizadas o según las entidades que las utilizan.

<sup>115</sup> Sobre la creciente convergencia entre sistemas, *vd.* GONZÁLEZ, Agustín, "1987-2003: ¿Hacia una convergencia internacional?". En: *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* N° 1, UOC, 2005. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/gonzalez.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>116</sup> RICKETSON, S., *op. cit.*, pp. 73-75.

<sup>117</sup> Las categorías corresponden a HUGENHOLTZ, seguido por LEPAGE, Anne, *Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital*. UNESCO, Boletín de Derecho de Autor, enero-marzo 2003, pp. 4-5.

el derecho a grabar, exhibir o anunciar una obra científica o artística en público en un informe fotográfico, cinematográfico, radiofónico o de televisión, con fines informativos; y el derecho a reproducir obras con fines de parodia.<sup>118</sup>

- La segunda categoría se justifica en *intereses públicos*, fundamentalmente relacionados con la difusión del conocimiento y de la información entre los miembros de la comunidad en general, que se manifiestan a través de las bibliotecas, los museos, el sistema escolar, los archivos, etc., y los usos de las obras que los propósitos de tales instituciones sean considerados valiosos por la sociedad.

- La tercera categoría agrupa a las excepciones que tienen por fin paliar deficiencias de mercado, o sea, que se aplican cuando los titulares se ven incapaces de ejercer sus derechos exclusivos sobre la obra. Esto incluye a las excepciones por motivos técnicos o tecnológicos, que amparan actos de reproducción provisional necesaria y transitoria y grabaciones efímeras, y también a la excepción de copia privada según algunos autores<sup>119</sup> (aunque discrepamos).

Por cierto, la categorización variará según el orden de excepciones aceptadas en cada ordenamiento interno, en razón de la falta de armonización a la que hemos venido haciendo mención. Por ello, nos referiremos de manera más detallada a las excepciones existentes que tienen incidencia en el desarrollo del *e-learning* en una sección posterior.

---

<sup>118</sup> GUIBAULT, L., *op. cit.*, p. 7.

<sup>119</sup> LEPAGE, A., *op. cit.*, p. 5.

## 2.2. El patrimonio cultural común

Al referirnos a la protección dispensada a las creaciones intelectuales (en el Capítulo I), mencionamos que el derecho de autor está sujeto a límites temporales, es decir, existe un *plazo de protección* a título de derecho de autor sobre las obras. Al término de este plazo, las obras pasan a formar parte de lo que se conoce como patrimonio cultural común o dominio público, y no puede seguir ejerciéndose sobre la obra los derechos exclusivos de carácter patrimonial,<sup>120</sup> es decir, tales obras pueden ser usadas libremente, sin mediar autorización ni remuneración. Lo mismo ocurre en casos especiales, como la renuncia a la protección, o el hecho de tratarse de una obra de autor desconocido, o de una obra que forme parte del folclor, o de una obra expropiada por el Estado.

Si bien es razonable que con posterioridad a la muerte del autor las obras sean libres de restricciones para su utilización por la comunidad, con fines de enriquecimiento cultural de la sociedad, el dominio público presenta ciertas complicaciones. Por una parte, es fácil que la intención de uso de una obra se estrelle contra la incertidumbre del carácter protegido de la misma. El cálculo de los plazos de protección está sujeto a diversas reglas, conforme a la naturaleza de la obra o de su autoría, o -como ocurre con la ley chilena- de circunstancias personales que rodean al autor y a los titulares derivados de derechos, si ellos están determinados. Es decir, desconocer *a priori* si una obra es parte del dominio público, implica incurrir en costos que finalmente desincentivan esa utilización, en perjuicio de la expresión y del desarrollo cultural. Por ello es conveniente contar con sistemas oficiales de gestión del dominio público que ayuden a superar esa incertidumbre.

---

<sup>120</sup> Por el contrario, los llamados derechos morales, como el de paternidad de la obra, subsisten sin consideración a plazos de protección.

Por otra parte, se ha venido cuestionando de forma profusa el fundamento de la existencia de plazos de protección tan amplios como los hoy vigentes, que son producto de sucesivas ampliaciones sobre los plazos antes establecidos. Así, por ejemplo, la regla general del Convenio de Berna de un plazo mínimo de protección equivalente a toda la vida del autor y hasta cincuenta años *post mortem auctoris*, en Chile se ha ampliado hasta los setenta años.<sup>121</sup> Parece natural que un plazo tan amplio incidiría en una protección que, al menos desde el punto de vista de su duración temporal, es mayor para los titulares derivados que para el autor mismo cuya creación el sistema supuestamente busca incentivar. Esto, sin siquiera considerar si la obra efectivamente será explotada tantas décadas después de la muerte del autor, o si décadas después de su muerte, será posible encontrar a esos titulares derivados.<sup>122</sup>

### 2.3. Licenciamiento

En términos elementales, una licencia es un permiso o autorización para la utilización de una obra protegida, unida a la determinación de las condiciones bajo las cuales puede utilizarse tal obra. Esta es la forma acostumbrada en que se distribuyen los programas de ordenador.

---

<sup>121</sup> En Chile, la regla es además confusa, por cuanto el cálculo de plazos además debe considerar si al expirar el plazo de protección “existiere cónyuge o hijas [del autor] solteras o viudas o cuyo cónyuge se encuentre afectado por una imposibilidad definitiva para todo género de trabajo”, caso en el que el plazo se extiende hasta la fecha de fallecimiento de estos sobrevivientes (Art. 10 inciso primero, LPI).

<sup>122</sup> LESSIG propone el establecimiento de nuevos plazos de protección, en base a cuatro principios básicos: (1) plazos breves, suficientes para incentivar la creación; (2) simplicidad para la distinción entre las obras protegidas y las de dominio público; (3) mantención del interés, mediante la renovación periódica de la protección; y (4) establecimiento de plazos para el futuro (no retroactivos), pues no se puede incentivar la creación de décadas pasadas. Vd. LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad* (traducción de Antonio Córdoba y Daniel Álvarez). Santiago, LOM, 2005, p. 235.

Si bien el término se asocia comúnmente a una práctica contractual, en el campo del derecho de autor, colmado de alusiones a la *autorización* para la utilización de obras, la licencia puede referirse más bien a una restricción de tipo legal a los derechos exclusivos sobre una obra. Se da la denominación de *licencias obligatorias* o *licencias no voluntarias* a “las que, por vía de excepción, establecen algunas legislaciones en relación a determinadas utilidades, que en principio forman parte del derecho exclusivo del autor de autorizar o prohibir, pero donde esa facultad es sustituida por el derecho solamente de exigir el pago de una remuneración equitativa al explotador de la obra”.<sup>123</sup> Esta definición hace el alcance al carácter de “excepción bajo remuneración”, que –en nuestra opinión– hace impreciso hablar de “licencias”, por ausencia de la connotación contractual que mencionáramos. La regulación de las licencias no voluntarias es una materia expresamente entregada a cada Estado.

En las legislaciones nacionales, es común que la gestión de la entrega de licencias no voluntarias y la recaudación de las remuneraciones esté en manos sociedades colectivas de gestión de derechos de autor. La gestión colectiva puede ser de tipo obligatorio, radicada en sociedades señaladas legal o administrativamente, o bien puede darse el caso de gestión colectiva como cuestión voluntaria por existir una adecuada organización de las entidades participantes, aunque aun en estos casos se prefiere una regulación para evitar abusos de la condición monopólica de esas sociedades. La gestión colectiva no constituye necesariamente una limitación al ejercicio de los derechos exclusivos, sino que, por el contrario, es una forma de ejercicio de los derechos que tiende a optimizar los costos tanto para los titulares de derechos como para quienes

---

<sup>123</sup> ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*. Santo Domingo, 2001. Tomo I, p. 188.

quieran aprovechar las obras, soslayando la necesidad de acuerdos particulares con cada titular para la obtención de licencias.<sup>124</sup>

La concesión de licencias colectivas, sea motivada por gestión colectiva obligatoria o como acuerdo voluntario, pareciera constituirse, en opinión de SPURGEON<sup>125</sup> como un mecanismo suficiente para el equilibrio de derechos, al punto tal que para las utilidades realizadas en el ámbito educativo (por instituciones de enseñanza, bibliotecas, archivos y museos), y en combinación o no con otras medidas,<sup>126</sup> haría prescindible el establecimiento legal de nuevas excepciones y limitaciones al derecho de autor, a través de una gestión eficiente de los derechos. Dicho de manera distinta, una correcta organización de las sociedades de gestión colectiva, y una adecuada estructuración de los sistemas de entrega de licencias colectivas, permitiría el desarrollo satisfactorio de actividades tales como la educación ante el escenario establecido por el uso de las nuevas tecnologías de información y comunicación.

Aunque lo recién expuesto parece razonable, especialmente como forma de enfrentar la incertidumbre que el entorno digital conlleva en el campo del derecho de autor, la adquisición de licencias enfrenta cierta renuencia. Por un lado, nada asegura la suficiencia del licenciamiento para el normal desarrollo de actividades relacionadas con la educación.<sup>127</sup> Por otro lado, y sea que consideremos o no el carácter voluntario u obligatorio de las licencias colectivas, “la experiencia ha

---

<sup>124</sup> GEIGER, *op. cit.*, pp. 11, 14.

<sup>125</sup> SPURGEON, C. Paul, *¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor*. UNESCO. Boletín de Derecho de Autor, julio 2003.

<sup>126</sup> Por ejemplo, “la limitación de la indemnización, la restricción de la indemnización legal, la responsabilidad limitada del usuario autorizado, la compensación a los usuarios autorizados, la exención de responsabilidad criminal [...] y otras soluciones prácticas”, entre las que se cita un sistema en línea de otorgamiento de licencias y de registro e información. Cfr. SPURGEON, *op. cit.*, pp. 2, 18.

<sup>127</sup> GUIBAULT, L., *op. cit.*, p. 27.



demostrado que especialmente las grandes editoriales no están dispuestas a encomendar la gestión de sus derechos a la puesta a disposición a las entidades de gestión colectiva o si lo están es con un mandato que puede revocarse fácilmente y los productores de fonogramas y películas prefieren no confiar sus derechos a esas entidades sino tratar constantemente de hacer valer sus derechos individualmente”.<sup>128</sup>

La contractualización de las relaciones entre los titulares de derechos de autor y los usuarios es una tendencia en alza, especialmente en el entorno digital, donde las nuevas tecnologías permiten establecer una fuerte restricción del acceso y el uso a las obras. Los titulares pueden así imponer contratos a los usuarios, asegurando sus propias ganancias, en desmedro de la difusión de la información y la cultura entre quienes no pueden costearlo,<sup>129</sup> lo que hace necesario tomar medidas de resguardo.

Lo anterior contrasta con otro fenómeno que ha crecido en los últimos años: la liberación de los contenidos por parte de los propios autores para su utilización, reproducción, modificación y distribución, mediante licencias “abiertas” de distinto tipo. La finalidad es buscar un punto de encuentro entre el beneficio del autor y la ganancia de la sociedad que conlleva la difusión del conocimiento, en oposición a la visión mercantilista que se ha imputado al derecho de autor, en especial del ejercido por titulares distintos del autor. Desde el movimiento del *software* libre surgió la noción de *copyleft* (evidente alteración de “*copyright*”), referida a la práctica de remoción de restricciones al uso de obras, y que marca como condición de explotación la redistribución del programa computacional

---

<sup>128</sup> VON LEWINSKI, Silke, *Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos*. UNESCO, Boletín de Derecho de Autor, enero-marzo de 2005.

<sup>129</sup> LEPAGE, A., *op. cit.*, pp. 18-19.

modificado en los mismos términos bajo los cuales se adquirió, es decir, acompañado de la misma licencia bajo la cual se realizó la utilización, asegurando la posibilidad de similares utilizaciones o modificaciones posteriores. El logro de los objetivos de desarrollo cooperativo y difusión del software es posible gracias al requisito de acceso al código fuente del programa. Se trata de una forma que beneficia el desarrollo sin reposar en los clásicos incentivos económicos de la propiedad intelectual.<sup>130</sup>

El modelo del que se ha servido comúnmente el desarrollo bajo la ideología del *software* libre es la licencia GPL (*General Public License*), que otorga permisos para la modificación, reproducción y distribución de la obra derivada de manera gratuita o remunerada (punto que diferencia a la GPL de otras licencias abiertas), impide restringir los derechos otorgados por la licencia, y exige que se acompañe a los programas de una copia de su código fuente o la oferta de tal copia. Muchas otras licencias han surgido, de manera independiente o bien como variaciones de la GPL.<sup>131</sup>

Por cierto, aunque similares principios inspiren su difusión, no todas las obras se benefician de igual forma de una licencia pensada para el *software*,<sup>132</sup> especialmente si se trata de obras de muy distinta naturaleza o de vocación, como la pintura, la fotografía y la música. Como ejemplo, el proyecto Creative

---

<sup>130</sup> FELTRERO OREJA, Roberto. *El Software Libre y la Producción y Socialización del Conocimiento en la Red: El Problema de la Propiedad Intelectual* [en línea]. Módulo "Valores y ética en la sociedad informacional". Master en Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, UNED, 2003, pp. 19-20. Disponible en: <<http://www.uned.es/ntedu/espanol/master/segundo/modulos/valores-y-etica/SocializacionCono.PDF>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>131</sup> Surge así el interesante tema de la compatibilidad entre licencias: puede existir componentes de un programa obtenidos bajo una licencia, y componentes obtenidos bajo una licencia cuyos términos de redistribución son irreconciliables con la primera, pudiendo llegar a la imposibilidad de redistribución de la obra derivada.

<sup>132</sup> Por ejemplo, la documentación que acompaña al software licenciado mediante GPL, está sujeta a otra licencia: la *GNU Free Documentation License* o *GFDL*, también usada en otras obras escritas.

Commons (CC), de extraordinario crecimiento desde su entrada en vigor a fines de 2002 (éxito atribuible a un carácter bastante ligado a la cultura popular), presenta una serie de licencias estandarizadas que utiliza el *autor* de una obra al difundirla por Internet, autorizando su utilización bajo ciertas condiciones. La licencia autoriza, en principio, la reproducción, distribución, transformación y comunicación pública de la obra, para cualquier finalidad y para todas las modalidades de explotación, con carácter gratuito y por todo el plazo de protección. A través de la combinación de las distintas cláusulas posibles, el autor puede restringir esa autorización, excluyendo el uso comercial de la obra o su modificación, o exigiendo que las obras derivadas sean difundidas bajo las mismas condiciones que la originaria. Las licencias CC están firmemente arraigadas en los derechos exclusivos otorgados por el derecho de autor, por lo que los confines específicos de cada condición (*legal code*) varían de un país a otro, no obstante lo cual la simbología que identifica las condiciones de cada licencia (*commons deed*) es prácticamente universal y fácilmente comprensible. Por otra parte, las obras licenciadas mediante CC son fácilmente identificables en Internet por los motores de búsqueda gracias a un nivel de lectura “tecnológica” de las licencias (*digital code*).<sup>133</sup>

La liberación de contenidos como acción tendiente a la proliferación de la información y la cultura es un esfuerzo loable, un paso en la dirección correcta, pero todavía está circunscrito a obras más bien recientes. Sin embargo, no podemos asegurar que ello sea suficiente para cubrir las necesidades de utilización lícita de diversas obras protegidas (en especial las provenientes del entorno analógico), necesidades que son determinadas por los usuarios, no por los autores.

---

<sup>133</sup> XALABARDER, Raquel, “Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?”. En: *UOC Papers* N° 2 [en línea]. UOC, marzo 2006. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

#### 2.4. Control a través de la tecnología

El desarrollo y la masificación de las nuevas tecnologías no solamente constituyen una amenaza para los intereses de los titulares de derechos de propiedad intelectual, como hemos expuesto. Gracias al mismo progreso, tales intereses están en mejor pie que nunca para ser defendidos: ahora es posible un control fáctico del acceso y la utilización de una obra, mediante mecanismos técnicos de distintos niveles de complejidad.

Una forma de hacerlo es variar en la forma de entrega de contenidos para impedir o dificultar la producción de copias fieles, con sistemas como la tecnología *streaming* (es decir de descarga temporal y ejecución simultánea a ella) para obras sonoras o audiovisuales, o la exhibición de contenido textual a través de programas de disposición gráfica, etc. Otra forma es mediante dispositivos lógicos diseñados para limitar las posibilidades de uso, es decir, medidas tecnológicas de protección. Entre los ejemplos más típicos de medidas tecnológicas de protección se encuentran las claves de acceso, la encriptación de las obras, los sistemas que imposibilitan la copia de obras musicales y audiovisuales, la restricción para copiar texto en cierto tipo de documentos, etc.<sup>134</sup>

Las medidas tecnológicas de protección constituyen la base técnica de los nuevos sistemas digitales de gestión de derechos de autor o DRM (*Digital Rights Management*), utilizados para prevenir el acceso no autorizado, cuantificar el acceso a material protegido, imponer condiciones de uso y asegurar su cumplimiento, identificar al autor y recoger información del usuario, realizar pagos por nuevos usos, entre muchas otras posibilidades.

---

<sup>134</sup> BAIN, Malcolm; GALLEGO RODRÍGUEZ, Manuel; MARTÍNEZ RIBAS, Manuel; RIUS SANJUÁN, Judit. *Aspectos legales y de explotación del software libre*. Barcelona, UOC, 2004, pp.110-111.

En una dimensión normativa, los tratados Internet (Arts. 11 y 12 TODA, Arts. 18 y 19 TOIEF) obligan a los países a proporcionar una protección jurídica adecuada y sanciones eficaces, contra quienes eluden medidas tecnológicas efectivas usadas por los autores (o artistas intérpretes o ejecutantes o productores de fonogramas) en el ejercicio de sus derechos y que restrinjan actos no autorizados, y contra quienes realicen actos de supresión o alteración de la información electrónica sobre gestión de derechos.<sup>135</sup> La regulación en los países se dio primero en los Estados Unidos, modelo que fue seguido en la regulación comunitaria de la Unión Europea, y exportado a los países que celebraron tratados de libre comercio con los Estados Unidos.

Un tema no abordado en los tratados Internet es la relación entre las medidas tecnológicas de protección y las excepciones y limitaciones al derecho de autor basadas en el ejercicio de derechos fundamentales, especialmente en países que, a diferencia de los Estados Unidos, no tienen un sistema de excepción basado en el *fair use*. Lo cual haría necesario pensar en establecer nuevas excepciones fundadas, por ejemplo, en la interoperabilidad de programas y sistemas, o en las actividades educativas o de investigación y desarrollo (que a menudo justifican actos de ingeniería inversa). La regulación de las medidas tecnológicas de protección continúa siendo un tema objeto de ardua discusión.

### **3. *E-learning* ante el balance de intereses**

Sabemos ya que es difícil equilibrar los intereses de los titulares de derechos de autor con los intereses de la sociedad (entre estos, los derechos fundamentales),

---

<sup>135</sup> CUNARD, Jeffrey; HILL, Keith; BARLAS, Chris. *Evolución Reciente en el Campo de la Gestión de los Derechos Digitales*. Documento OMPI/SCCR/10/2/2003, del 4 de mayo de 2004.

dentro de lo que conocemos como entorno digital. Debemos dilucidar ahora si aquellos esfuerzos encaminados al resguardo de los distintos intereses en juego que hemos examinado, resultan suficientes para un desarrollo adecuado del *e-learning*.

Lo que hemos dicho en términos generales sobre las obras pertenecientes al patrimonio cultural común, es aplicable casi sin variaciones al uso de las mismas obras en la enseñanza en línea: es positivo aprovechar la libertad de utilización, aun tratándose de copias digitales realizadas por otras personas, pero es clave tener la certeza de que la obra está liberada.

Las licencias voluntarias son una forma viable de mejorar el contenido en los programas de enseñanza en línea. No es poco común que las instituciones dedicadas a ello acuerden con sus académicos la cesión de los derechos sobre las obras realizadas en el seno de tales instituciones, para su explotación en programas educativos, entre ellos la educación en línea. El uso de licencias abiertas permite ampliar las posibilidades de utilización a más instituciones y programas, siempre y cuando se respetaran las condiciones de uso, tales como la no comercialidad de la explotación. Lograr licencias colectivas voluntarias es, como dijimos, una cuestión fáctica, enfrentada a dificultades prácticas.

Una obra protegida mediante medidas tecnológicas que restrinjan su accesibilidad, difícilmente podría ser una obra ideal para su uso en *e-learning*. Sin embargo, una obra especialmente producida o particularmente licenciada para su uso en *e-learning*, que a su vez esté provista de dispositivos que limiten sus formas de utilización, puede resultar adecuada para los objetivos del *e-learning*, disminuyendo el riesgo de usos no relacionados o de copias ilícitas. Aun así,

muchas obras preexistentes seguirían fuera del alcance de la enseñanza a distancia.

### 3.1 Limitaciones y excepciones propias del entorno analógico

Desde que existe la regulación a nivel de tratados internacionales de derechos de autor, un rasgo común a estos instrumentos es dar criterios para la consagración de limitaciones en el derecho interno, mas no establecerlas de forma directa en su texto u obligar a los Estados a adoptarlas, salvo contadas excepciones. Por lo mismo, el alcance de tales excepciones puede variar de país en país, aunque en lo sustancial son análogas. Por otro lado, esta categoría coincide con lo que son, en general, las excepciones en el sistema chileno, donde la regulación de excepciones especiales para el entorno digital sigue siendo un tema pendiente. Si es o no aplicable invocar cada excepción, es algo que debe analizarse según el uso. Veamos:<sup>136</sup>

- El **derecho de cita**, contemplado en el Convenio de Berna (Art. 10.1) y la ley chilena (Art. 38 LPI), consiste en la reproducción exacta, dentro de una obra, de partes reducidas de otra obra protegida, sin necesidad de autorización del titular de derechos ni pago de remuneración, mencionándose la fuente, el título y el autor de la obra citada. La ley chilena permite la excepción para las obras citadoras “de carácter cultural, científico o didáctico”, lo que según el reglamento equivale a la ausencia de fines de lucro. Según el reglamento de la ley chilena, el fragmento debe equivaler a un párrafo de no más de diez líneas de texto, lo que excluye de aplicabilidad a la reproducción reducida de obras visuales y musicales.

---

<sup>136</sup> Para las excepciones con validez en Chile, seguimos a HERRERA SIERPE, Dina, *Propiedad intelectual, derechos de autor: Ley no. 17.336 y sus modificaciones*. 2ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 119-136.

¿Cuál es la utilidad de esta excepción en la enseñanza a distancia por vía digital? Podemos decir que tiene la misma aplicación que en el entorno analógico, es decir, es una limitación crucial en la producción de material educativo, pero su relevancia en programas de *e-learning* finalmente se subordina a la posibilidad de utilización de la obra citadora.

- La utilización con fines de **ilustración de la enseñanza** es contemplada en el Convenio de Berna (Art. 10.2), como otra excepción facultativa para los Estados. La disposición no especifica el tipo de actividad educacional, sino el fin de “ilustración” de la enseñanza, es decir, de explicación o aclaración, que exija el uso de una obra protegida. El Convenio no se refiere a una forma específica de explotación al hablar de “utilizar”, pero la utilización protegida por excepción debe producirse “en la medida justificada por el fin perseguido”, y ser “conforme a los usos honrados”. En cuanto a los medios autorizados, se señala que la utilización se realiza “por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales”, es decir, soportes en que la obra se encuentra reproducida. A pesar de la restricción de los medios autorizados, se trata de una de las normas más interesantes del Convenio, por las amplias posibilidades que otorga a los Estados contratantes. Es fácil comprender que en cumplimiento de esta norma, puede establecerse excepciones variadas justificadas en el fin educativo.<sup>137</sup>

Dos normas en la ley chilena se aproximan a la finalidad educativa propuesta en los instrumentos internacionales:

---

<sup>137</sup> Lo mismo puede decirse de la posibilidad de excepción en la Convención de Roma, que permite establecer excepciones para los usos con fines exclusivamente docentes o de investigación científica de las prestaciones allí protegidas (Art. 15.1.d)). El Acuerdo sobre los ADPIC permite en lo general las mismas limitaciones que la Convención de Roma.



i) La transcripción o registro de lecciones dictadas en universidades, colegios y escuelas, por aquellos a quienes se dirigen las clases (Art. 41 LPI). Si bien la norma permite recoger “en cualquier forma” las lecciones (o sea, reproducirlas), su publicación requiere autorización. El precepto legal merece diversas consideraciones. La primera, es que habla de instituciones educativas de categorías específicas, dejando de lado, por ejemplo, a instituciones de educación superior distintas de las universidades, lo que no parece razonable. Enseguida, hay una gama creciente de medios técnicos para el registro de las clases, que van desde la escritura manual hasta la grabación (incluso audiovisual) por medio de aparatos de telefonía móvil. Pero la divulgación sigue siendo un derecho exclusivo del autor, del que el derecho sobre la publicación de los registros es una consecuencia lógica.

Una clase impartida a distancia a través de las redes digitales no es necesariamente distinta de una clase presencial. La falta de cercanía física y (según el caso) de simultaneidad poco incide en los objetivos educativos perseguidos, pues es más bien una cuestión de medios. Por lo mismo, sería razonable poder mantener el registro de las clases impartidas en el ordenador que utilice el discente. Aunque esta excepción se refiere básicamente al almacenamiento de la sesión de clases, excluyendo un punto de análisis central de este trabajo (el uso en la enseñanza en línea de obras protegidas), esa posibilidad de almacenamiento es de gran utilidad educativa, tal como en la educación presencial. Pero ello requeriría interpretar las “lecciones dictadas *en*” establecimientos educativos como acciones no excluyentes de la recepción distante de las mismas.

ii) Las utilizaciones de obras protegidas dentro el núcleo del hogar, en establecimientos educativos, de beneficencia y similares, mientras no exista ánimo de lucro, no se consideran casos de comunicación o ejecución

pública de una obra (Art. 47 inciso 1º LPI). Nuestra atención está en el supuesto de los establecimientos educacionales, aquí no acotados como en la norma recién estudiada, pero tampoco precisados: las bibliotecas serían parte de los establecimientos “similares” solamente tras una interpretación extensiva.

Por tratarse de la única norma en la ley chilena que vincula a la educación con la comunicación pública, en ella debiéramos encontrar la solución a la necesidad de uso en *e-learning* de obras protegidas de toda clase (ya no solo lecciones). Pero a simple vista, ello no es posible, y con algo más de estudio, la regla es al menos problemática. El precepto en estudio no consagra *finis* educativos (intrínsecos a la idea de “lección” antes mencionada), sino *ámbitos* de utilización (“en”), quitándole el carácter de comunicación o ejecución pública por el hecho de desarrollarse “en establecimientos educacionales”. La comunicación de una obra protegida, realizada en un establecimiento educacional, pero transmitida a educandos en lugares distantes, ¿es cubierta por la excepción? ¿O la mediación de Internet implica necesariamente una comunicación pública? En principio, habríamos de considerar que la norma se refiere a formas de uso bastante demarcadas, puesto que la noción clásica de “núcleo familiar” conlleva la idea del hogar y del *animus familiae*, y con la excepción para establecimientos educacionales, tal como en la excepción de transcripción, se trata de normas imbuidas por una concepción clásica de la enseñanza como actividad presencial.

Por otra parte, podríamos intentar construir una solución interpretativa que nos ayudara a usar lícitamente obras protegidas para fines de educación a distancia: considerar a los “establecimientos educacionales” como el lugar donde efectivamente se produce el acto de comunicación, y hacer extensiva la expresión, para considerar como parte

de los establecimientos a los servidores que transmiten las obras protegidas. El uso de sitios *mirror* y servidores *proxy* estaría fundado solamente en el correcto transporte de la información surgida desde el establecimiento. Los medios técnicos de limitación del acceso a quienes forman parte del programa de enseñanza en línea, asegurarían que la comunicación, tal como ocurre físicamente dentro de un colegio o en el entorno familiar, llegara solamente a quienes está destinada, y no al público general.

Tal como al referirnos a las bibliotecas, una construcción como la propuesta descansaría en una interpretación muy extensiva, contraria al principio de interpretación restrictiva de las normas sobre excepciones al derecho de autor. Asimismo, es una excepción que no cubre forma alguna de reproducción, por lo cual el almacenamiento de una obra utilizada bajo esta excepción en un ordenador es ilícito, sin siquiera mencionar la imposibilidad de digitalización de obras protegidas bajo esta excepción. Finalmente, el carácter locativo de la excepción al que nos referíamos, podría llevar a despropósitos tales como el uso de servidores de instituciones educativas, e incluso de instituciones “similares” (como ampara el texto legal) para la transmisión de obras protegidas, bajo el entendido de que no se trataría de una comunicación pública.

En el mejor de los casos, y mediante cierta distensión interpretativa, podríamos armonizar ambas normas para considerar a la primera en su dimensión de excepción a la reproducción, para entender que las clases realizadas en establecimientos educativos podrían ser transmitidas desde tales establecimientos y recogidas en la memoria (temporal y/o permanente) del ordenador de cada estudiante.

Es decir, contamos con un ejemplo de posible uso en *e-learning*, pero en extremo reducido y de muy dudosa licitud. Fuera de ello, contamos con excepciones que pobremente cubren las necesidades de la educación a distancia, pues no permitirían el envío ni la reproducción de obras, mucho menos la búsqueda de las mismas en bibliotecas digitales, aun si dependen de los mismos centros de estudio encargados de cada programa.

- Otros casos de utilizations libres con los que cuenta en la ley chilena son:
  - La publicación con fines informativos (es decir, reproducción en la prensa) de conferencias y discursos. Se trata de la concreción (en el Art. 40 LPI) de una limitación facultativa del Convenio de Berna (Art. 2bis.2). Esta excepción no incluye a las colecciones de conferencias y alocuciones, que permanecen como derechos exclusivos.<sup>138</sup> Por regla general, los discursos son obras protegidas, y la excepción facultativa del Convenio para los discursos políticos y debates judiciales no fue adoptada por la ley chilena, por lo que su utilización en la enseñanza por redes digitales no sería cubierta por esta excepción (lo que no impide otras posibilidades, como la cita). Además, y a diferencia del Convenio, la ley chilena no hace hincapié en la pronunciación en público de tales discursos, con lo que la excepción entraría en conflicto con los discursos sobre los cuales no se ha ejercido el derecho de divulgación.
  - La utilización de fonogramas y partituras en establecimientos comerciales, con fines de demostración a la clientela (Art. 42 LPI). La ley chilena es bastante específica respecto de las condiciones para el ejercicio de

---

<sup>138</sup> En términos de excepciones con fines informativos, el Convenio de Berna considera además la posibilidad de limitar los derechos en los casos de: reproducción por la prensa de los artículos de actualidad de discusión económica, política o religiosa (Art. 10bis.1), y la reproducción mediante la fotografía o la cinematografía, para fines de información de acontecimientos de actualidad (Art. 10bis.2).

esta excepción, que por su fin comercial está fuera de nuestro objeto de estudio.

- La reproducción por medios visuales de obras arquitectónicas y la publicación de las imágenes resultantes en “diarios, revistas y textos escolares” (Art. 43 LPI).

- La reproducción por medios visuales de monumentos y obras artísticas que adornen lugares públicos, y la publicación y venta de las reproducciones (Art. 44). Como en el caso anterior, la excepción permite obtener imágenes libremente, pero esto no obsta a la protección sobre las fotografías.

- La reproducción de un programa computacional, siempre que la copia sea esencial para el uso del programa o con fines de respaldo (Art. 47 inciso 2º LPI). La copia no es transferible.

- La adaptación de un programa computacional siempre que ello sea esencial para su uso en una computadora, y no con otro fin (Art. 47 inciso 2º LPI). La adaptación no es transferible. Se excluye, por ejemplo, la adaptación con fines investigativos o educacionales, como los que requerirían los estudios en el área de la informática.

- La reproducción por organismos de radiodifusión o televisión de interpretaciones o ejecuciones artísticas con fines de emisión de las mismas (Art. 69 inciso 3º LPI; Art. 11bis.3) CB; Art. 15.1.c) de la Convención de Roma). Se obliga además a la destrucción de esos registros, pero sólo tras la emisión por un número de veces sujeto a estipulación.

La ley chilena contempla una regla adicional, contenida en el Art. 45 bis de la LPI, que establece que las excepciones de la ley “se circunscribirán a los casos que no atenten contra la explotación normal de la obra, ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos”. Si bien el

precepto recoge la regla de los tres pasos a la que nos hemos referido con anterioridad, no lo hace para la admisión de nuevas excepciones (lo que motiva su inclusión original en el Convenio de Berna y los tratados que lo siguen en este punto), sino para la aplicación de las excepciones y limitaciones ya establecidas. Es decir, es la norma que permite una ponderación judicial en los casos en que el texto legal permita utilizaciones libres especialmente perniciosas para los intereses de los titulares de derechos.

### 3.2 Entorno digital y nuevas limitaciones

La regla de los tres pasos ha sido especialmente útil, como parámetro de establecimiento de limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de autor y conexos, ante la necesidad de nuevas limitaciones que el funcionamiento y desarrollo de Internet ha requerido. Como lo señaláramos al analizar los tratados sobre derecho de autor, el Acuerdo sobre los ADPIC y los tratados Internet hacen explícita la extensión de la regla de los tres pasos para exceptuar ciertas utilizaciones distintas de la reproducción. Conforme a las Declaraciones Concertadas del TODA –también señalábamos–, las excepciones existentes y propias del entorno analógico son aplicables al entorno digital; además son ampliables en alcance, y pueden crearse otras nuevas, siempre bajo la regla del criterio triple.

- La digitalización de obras en bibliotecas, archivos e instituciones similares, como forma de reproducción, es considerada como excepción en ciertas legislaciones en derecho comparado, con el fin de conservación de las obras o para uso de sus lectores. No encontramos en Chile una excepción de esta naturaleza, ni siquiera para el entorno analógico.

- La reproducción de una obra para uso personal, es decir, la excepción de copia privada, era ya considerada en algunas legislaciones, pero en el entorno digital su alcance varía considerablemente: la copia digital es idéntica a la original, fácilmente reproducible y redistribuible, y en consecuencia, es capaz de llegar a rivalizar con la explotación normal de la obra,<sup>139</sup> lo que justifica un tratamiento normativo distinto. No es suficiente excluir por la vía legal la posibilidad de hacer tales copias. Por lo mismo, el establecimiento de la excepción adquiere diferentes características según cada legislación: la licitud de la obtención del ejemplar del que se obtiene la copia o prohibición de copia originada en sistemas de intercambio entre usuarios (Alemania, Francia) o con elusión de medidas tecnológicas de protección (Japón), el tipo de obras reproducibles; la cantidad de copias que es legal producir, el uso exclusivamente privado (no lucrativo) de las copias; la prohibición de ponerlas a disposición del público (Noruega, EE.UU.); la existencia de compensación equitativa (Alemania, España), etc.

Ciertos puntos de permanente conflicto impiden una regulación armónica de la copia privada a nivel internacional, como por ejemplo, la posibilidad de copiar en distinto formato, la procedencia de medidas tecnológicas de protección, los mecanismos de compensación, la convivencia de estos dos últimos puntos,<sup>140</sup>

---

<sup>139</sup> MALMIERCA, Marta; MARTÍN-PRAT, María; RAMÍREZ, Javier; XALABARDER, Raquel, "La copia privada digital. Mesa redonda". En: "Copyright y derecho de autor: ¿convergencia internacional en un mundo digital?" [en línea]. IDP. *Revista de Internet, Derecho y Política*. N° 1. UOC, 2005. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>140</sup> Por un lado, se cuestiona la protección tecnológica contra las copias ilegales, que en general impide toda forma de copiado, incluso la legítima copia privada. Por su parte, la compensación o canon, aunque en principio es razonable, continúa siendo motivo de arduas discusiones: la compensación se obtiene de impuestos especiales o gravámenes sobre productos o dispositivos capaces de copiar, con independencia de si efectivamente se realizan copias o no. Es decir, hay una compensación sobre la *posibilidad* de "pirateo" que costean los usuarios, aun cuando nada tengan que ver con esa actividad, mientras el Estado y las sociedades de gestión obtienen grandes ingresos gracias a esa "compensación". Además, existe el problema de determinar la repartición de esos ingresos, tanto dentro de cada sociedad de gestión, como respecto de todos los autores no afiliados

entre otros. Si bien guardar copias digitales de ciertas obras para uso personal es de innegable utilidad en la realización de actividades educativas, la excepción de copia privada digital está fuertemente condicionada por aspectos comerciales que la convierten en una excepción de muy difícil regulación.

- Las múltiples reproducciones técnicas que exige la transmisión digital son un tema de discusión aun más reciente que la copia privada digital. En efecto, ellas ni siquiera lograron formar parte del texto final del TODA ni del TOIEF, por lo que a la luz de tales tratados es solamente otra forma de reproducción, que de exceptuarse, ello debe hacerse bajo la regla de los tres pasos. Hay cierto consenso en la necesidad de tal excepción, mas no respecto de su alcance, es decir, respecto de si debe cubrir tan sólo a la copia fugaz o efímera, es decir, aquella cuyo único fin es permitir el uso en línea de una obra y cuya existencia no sobrepasa la duración de la transmisión, o si debe cubrir también a las copias temporales o provisionales, que incluyen a las reproducciones realizadas en servidores intermediarios de acceso, para facilitar la rapidez del tráfico en Internet, y que si bien es potencialmente problemático, es también parte de la cadena de interacciones para la transmisión de datos. La Directiva de la Unión Europea exige que el almacenamiento sea: automático, intermedio y temporal, con el único objeto de hacer más eficaz la transmisión ulterior de la información a petición de otros destinatarios de servicios.

En rigor, la circunstancia que motiva esta excepción es que sin ella hay una traba normativa al tráfico en Internet como actividad lícita. La ley chilena no considera una excepción de este tipo, lo que margina de legalidad no sólo a los usos educativos, sino a casi todo el tráfico nacional. Esta excepción es esencial para

---

a ellas. Finalmente, allí donde existen dispositivos tecnológicos que impiden la copia, ¿debería pagarse el canon por un potencial inefectivo de copiado?



delimitar la responsabilidad de los proveedores del servicio de acceso y alojamiento en Internet, por el intercambio de contenidos ilícitos de distinta naturaleza, que van desde las obras ilegalmente distribuidas hasta la pornografía infantil.

### 3.3 Iniciativas de armonización normativa

#### En los Estados Unidos:

Como hemos dicho, en los Estados Unidos las excepciones comúnmente han estado regidas por el sistema de *fair use*, acotado en su potencial amplitud por un número de provisiones sobre excepciones para el uso de ciertas obras o por ciertas clases de entidades. O bien podría decirse que en el derecho estadounidense existen excepciones específicas al *copyright*, y el *fair use* opera como una provisión general y residual, diseñada para aplicarse a casos de usos estimables no autorizados que no caen dentro de los supuestos de las excepciones establecidas.<sup>141</sup> Dejando a salvo la expresa mención a los propósitos educacionales hecha en la consagración del *fair use* en la *Copyright Act* (17 U.S.C. § 107), encontramos entre las excepciones para fines educativos: la excepción a favor de bibliotecas y archivos para reproducir obras (17 U.S.C. § 108); la ejecución o exhibición de obras con fines educativos (17 U.S.C. § 110, el propósito de nuestro estudio); y la reproducción a favor de los discapacitados (17 U.S.C. § 121).

La implementación de los tratados Internet de la OMPI en los Estados Unidos de América sirvió como motivación para la actualización de la legislación sobre derecho de autor. Esta gran modificación se dio principalmente a través de la Ley de Derecho de Autor para el Milenio Digital (*Digital Millennium Copyright Act*,

---

<sup>141</sup> LEAFFER, Marshall, "The Uncertain Future of Fair Use in a Global Information Marketplace", en: *Ohio State Law Journal* 62 (2), 2000, p. 863.

DMCA), promulgada el 28 de octubre de 1998, y que ha sido objeto de fuertes críticas durante la última década. La DMCA modifica la legislación preexistente para proteger a las obras conforme a los tratados Internet; proscribire la elusión de medidas efectivas de protección tecnológica (salvo condiciones de excepción fijadas cada tres años por el Registro de Derechos de Autor) y la fabricación y tráfico de dispositivos destinados a la elusión del mismo tipo de medidas;<sup>142</sup> delimita la responsabilidad de los proveedores de servicio de Internet en caso de infracción de *copyright* por parte de los usuarios; y establece excepciones especiales (mayormente supuestos de elusión de medidas de protección) bajo condiciones muy calificadas.

En el aspecto educativo, la DMCA introdujo como excepción la permisión a las bibliotecas, archivos e instituciones educacionales sin fines de lucro, para la elusión de medidas de control de acceso, con el único fin de determinar de buena fe si deciden obtener acceso autorizado a la obra (Artículo 1201(d) DMCA). La DMCA modificó el derecho a reproducción de bibliotecas y archivos para autorizar la digitalización de ciertas obras bajo -nuevamente- condiciones muy calificadas (Artículo 108 *Copyright Act*). Por otro lado, la DMCA limita la responsabilidad de las instituciones educacionales sin fines de lucro en ciertos casos de infracción, bajo condiciones específicas (Artículo 512(e) DMCA). La DMCA especifica la forma en que los instructores y estudiantes pueden utilizar correo electrónico, páginas *web* y otras tecnologías en su universidad. Por ejemplo, si la página de un curso permite a los estudiantes descargar contenido, sea en texto

---

<sup>142</sup> La estricta regulación sobre las medidas tecnológicas de protección de derechos de autor ha sido blanco de fuertes cuestionamientos dentro de la última década, pues -entre otras críticas- se estima que la DMCA hace inoperativo el sistema del *fair use*. Sobre el particular, *vide* ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION: "Las Consecuencias No Deseadas: Cinco Años Bajo la Digital Millennium Copyright Act". En: *Revista Chilena de Derecho Informático* N° 4, Mayo de 2004, pp. 17-35 [en línea]. Disponible en: <[http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der\\_informatico\\_completo/0,1492,SCID%253D15730%2526ISID%253D567,00.html](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/0,1492,SCID%253D15730%2526ISID%253D567,00.html)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

o “multimedia”, el instructor podría ser responsable de infracción al *copyright* a menos que adopte precauciones conforme a la DMCA.

No hubo consenso durante la discusión de la DMCA para la regulación del uso (incluido el uso en sistemas digitales) de obras protegidas en actividades pedagógicas a distancia, con lo que la regulación del *e-learning* quedaría entregada a una discusión posterior.

#### En Australia:

La regulación australiana en materia de derecho de autor está fijada por la *Copyright Act* de 1968, su reglamentación (*Copyright Regulations* de 1969) y por decisiones jurisprudenciales que han interpretado y aplicado las reglas legales. Tal como en el Reino Unido, el sistema australiano de excepciones contempla un sistema de *fair dealing*, bajo el cual la licitud está fijada según el uso (que variará caso a caso) con ciertos propósitos determinados, a saber: reseña o crítica, investigación o estudio, información noticiosa, procedimientos judiciales o asesoría legal, y (desde la reforma de 2006) la parodia o sátira.

Además de estos usos, la ley australiana contempla un enorme número de excepciones específicas, muy detalladas en su regulación.<sup>143</sup> El complejo sistema australiano de licencias obligatorias juega un rol preponderante, al ser aplicable en muchas situaciones de limitaciones que en otros países constituyen usos libres. Por ejemplo, se sujeta a licencias obligatorias la reproducción de obras impresas y la reproducción y comunicación pública de obras por medios electrónicos, con fines de enseñanza por instituciones educacionales. Tanto los “fines de enseñanza”

---

<sup>143</sup> RICKETSON, S., *op. cit.*, p. 79.

como las “instituciones educativas”, están descritos de manera altamente detallada en la ley.

La modificación legal motivada por la implementación en Australia de los tratados Internet de la OMPI, entró en vigor en marzo de 2001. La modificación, además de regular aspectos sobre medidas tecnológicas de protección, se encargó de la extensión de derechos y la reforma a las excepciones en relación al entorno digital, ampliando las posibilidades de uso lícito de instituciones de enseñanza y bibliotecas, por ejemplo, con las excepciones para reproducción y comunicación con fines educativos (Artículo 200 *Copyright Act 1968*), y la posibilidad de digitalización de obras impresas en condiciones similares a las que permitían la reprografía con anterioridad a la reforma.

Otra ley, válida desde 2007 (*Copyright Amendment Act 2006*), iría más allá, consagrando como excepción (de manera detallada, como es habitual) el *caching* en servidores *proxy* por las instituciones educativas (Artículo 200AAA *Copyright Act 1968*), modificando la redacción sobre la regla de *fair dealing* relativa a los fines de investigación y estudio, y estableciendo una excepción general para permitir ciertos usos no comerciales socialmente valiosos (Artículo 200AB *Copyright Act 1968*) y no contemplados por otras reglas. Esta última regla es similar en alcance al sistema del *fair use*, en implementación del TLC entre Australia y los Estados Unidos, e incluye a los usos por instituciones educativas con fines de enseñanza (Artículo 200AB (3)).

#### En la Unión Europea:

El 22 de mayo de 2001, fue promulgada en la Unión Europea la Directiva relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y

derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información, o Directiva 2001/29/CE. Desde la transposición por España y Francia en julio y agosto de 2006, respectivamente, la Directiva se considera implementada en todos los países de la Unión.<sup>144</sup> Además de significar un esfuerzo de implementación de los tratados Internet de la OMPI, la Directiva tiene por objetivos dar seguridad jurídica sobre los derechos de propiedad intelectual en el entorno digital, incorporar a la legislación las medidas de protección tecnológica, y avanzar en una armonización de la regulación en materia de derechos de autor con miras a un correcto funcionamiento del mercado común.<sup>145</sup> Para este tercer cometido, la Directiva pone restricciones al establecimiento en las leyes internas de nuevas excepciones y limitaciones.

La Directiva reafirma el derecho exclusivo de los autores y otros titulares a autorizar o prohibir cualquier acto de reproducción, de comunicación al público y de distribución de sus obras (Arts. 2 a 4). Entrega una lista acuciosa de excepciones y limitaciones (Art. 5), todas de aplicación voluntaria, salvo la excepción obligatoria para las reproducciones técnicas transitorias (Art. 5.1). Se establece como obligatorio el resguardo normativo de las medidas tecnológicas de protección de derechos, y la persecución de las actividades destinadas a su elusión (Art. 6.). También obliga a la protección contra la alteración de información para gestión electrónica de derechos (Art. 7).

En el ámbito de las excepciones y limitaciones, la Directiva, además de dar la lista exhaustiva, propone la regla de tres pasos como criterio a seguir de manera

---

<sup>144</sup> GUIBAULT, L.; WESTKAMP, G.; RIEBER-MOHN, T.; HUGENHOLTZ, P.B. (et al.), *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*, informe a la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Febrero de 2007. Disponible en: <[http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc\\_report\\_2007.pdf](http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>145</sup> GARROTE, I., *op. cit.*, pp. 222-223.

obligatoria. Faculta para establecer como excepciones al derecho de reproducción a:

- la copia privada digital (Art. 5.2.b)), y
- las reproducciones en bibliotecas, centros de enseñanza, museos y archivos (Art. 5.2.c)).

Entre las excepciones facultativas a los derechos de reproducción y de comunicación pública,<sup>146</sup> y siempre con ciertos requisitos específicos, se encuentran: la ilustración con fines educativos o científicos (Art. 5.3.a)); el uso en beneficio de personas minusválidas (Art. 5.3.b)); los trabajos, artículos y emisiones sobre temas de actualidad económica, política o religiosa (Art. 5.3.c), inciso primero); el uso de trabajos relacionados con la información sobre acontecimientos de actualidad (Art. 5.3.c) inciso segundo y Art. 5.3.f)); el uso en citas (Art. 5.3.d)); el uso de obras por motivos de seguridad pública y en el marco de procedimientos administrativos, parlamentarios y judiciales (Art. 5.3.e)); la inclusión incidental de obras protegidas o prestaciones en otras obras (Art. 5.3.i)); los usos en relación con la demostración o reparación de equipos (Art. 5.3.l)).

Como vemos, muchos usos de los que hemos hecho mención, varios de ellos relacionados con la educación, son cubiertos por la Directiva. Una de las excepciones en particular llama poderosamente la atención de este estudio:

#### Artículo 5

3. Los Estados miembros podrán establecer excepciones o limitaciones a los derechos a que se refieren los artículos 2 [derecho de reproducción] y 3 [derecho de comunicación al público de obras y derecho de poner a disposición del público prestaciones protegidas] en los siguientes casos:

---

<sup>146</sup> La Directiva añade el concepto de puesta a disposición del público y lo incluye entre las excepciones del derecho de comunicación, cubriendo así el acceso a contenidos “a la carta” a través de Internet.

a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida.

En otras palabras, la ilustración con fines educativos a través de Internet constituye una excepción a los derechos de reproducción y comunicación pública. Conforme al considerando N° 42 de la Directiva, el mismo que explicita la aplicabilidad de la excepción a la educación a distancia, en la aplicación de esta excepción la naturaleza no comercial de la actividad educativa o investigativa viene dada “por la actividad en sí”, independientemente de su financiamiento e institucionalidad, lo cual ayuda a darle mayor amplitud de aplicación a la excepción, por cuanto es la actividad y no el tipo de institución lo crucial en la determinación del amparo de la excepción.

No obstante, el carácter taxativo de las excepciones listadas en la Directiva coarta las posibilidades de nueva regulación a medida que la tecnología siga avanzando como hasta ahora. La mayor posibilidad de certeza jurídica ha cobrado su precio en una más pronta obsolescencia de un texto normativo cuya elaboración ya fue larga y difícil. Por otro lado, el texto da la suficiente amplitud dentro de cada excepción (con visible respeto al principio de neutralidad tecnológica) como para hacer prolongada su aplicación.

Otra limitante es la necesidad de transposición de las normas de las Directivas a las legislaciones nacionales, proceso dentro del cual se hacen manifiestas las diferencias entre países, al fijarse distintos alcances a la excepción. De adoptarse directamente los preceptos de la Directiva en la legislación interna, se podría llegar a una situación de conflicto con la regla de los tres pasos (al no

referirse a casos específicos), por lo que se requería un establecimiento de excepciones mucho más acotadas. De cualquier forma, los países en general no han considerado de manera especial las necesidades del *e-learning* en la implementación de la Directiva, recogiendo en general la reproducción con fines educativos por sobre o en lugar de la comunicación de las obras, salvo las notables excepciones de Finlandia<sup>147</sup> y Alemania,<sup>148</sup> casos en los que la modificación a los términos de la Directiva ha sido más bien tímida.

---

<sup>147</sup> El Art. 14 de la Ley Finlandesa de Derecho de Autor (*Tekijänoikeuslaki* 8.7.1961/404), permite hacer copias de obras publicadas, bajo una licencia colectiva ampliada, para su uso con fines educativos o de investigación científica, y transmitida por vía distinta a la emisión radial o televisiva. Si las obras no son teletransmitidas así, el autor puede oponerse a este uso.

<sup>148</sup> El § 52a de la Ley Alemana de Derecho de Autor (*Urheberrechtsgesetz* o *UrhG*), permite la puesta a disposición del público (*Öffentliche Zugänglichmachung*), con fines educativos y de investigación (*Unterricht und Forschung*). Esta excepción está sujeta a una remuneración, de cuyo cobro se encargan las sociedades de gestión colectiva. Se aplica a fragmentos de obras, obras breves y contribuciones individuales a publicaciones periódicas, mas no a textos escolares y obras cinematográficas recientes. La transmisión debe limitarse a los participantes del curso. La polémica en torno a la regulación llevó a fijar su validez hasta el 31 de diciembre de 2006 para proceder a su revisión, aunque en el año 2006 se decidió extender ese plazo hasta el 31 de diciembre de 2008 (§ 137k *UrhG*).



## CAPÍTULO VI

### TEACH ACT

#### 1. Historia

##### 1.1 La ley de derecho de autor de 1976

En el derecho estadounidense, la utilización de obras con fines educativos está resguardada, como hemos visto, dentro de las hipótesis que califican una utilización de obras protegidas como *fair use*. La operatividad de este sistema (17 U.S.C. § 107) está condicionada, no obstante, por la imposibilidad de aplicación de las demás excepciones y limitaciones que de manera específica se contemplan la *Copyright Act* de 1976 (17 U.S.C.) en los Artículos 108 a 122.

Las excepciones contenidas en el Artículo 110, párrafos (1) y (2) de la *Copyright Act*, se refieren de forma específica a la permisión otorgada a educadores y estudiantes para la ejecución o interpretación (*performance*) o la exhibición o presentación (*display*) de obras protegidas por el *copyright*, sin requerir autorización, mas bajo condiciones bien definidas.

El Artículo 110(1) se refiere a la excepción dentro del aula. Beneficia a profesores y estudiantes en el uso de cualquier tipo de obra protegida, de forma total o parcial, mientras el uso se produzca en el transcurso de actividades de enseñanza presencial (*face-to-face*) de una institución educativa sin fines de lucro, realizadas en una sala de clases o lugar similar destinado a ello. No se acoge a la excepción el caso de obras audiovisuales, cuya exhibición es realizada gracias a

una copia producida de forma ilícita, a sabiendas o debiendo saber sobre dicha ilicitud la persona responsable de la exhibición.

En la redacción original del Artículo 110(2) (es decir, previa a la reforma de 2002), los favorables términos de la excepción recién vista se veían reducidos drásticamente. El Artículo 110(2), referido a la transmisión de obras con fines pedagógicos, era aplicable tanto a las instituciones educativas sin fines de lucro como a los órganos estatales, y podían hacer uso de la excepción los profesores, los estudiantes y los empleados estatales en el ejercicio de sus funciones. La utilización misma, lógicamente, debía ser parte de actividades educativas sistemáticas de las instituciones educativas o estatales, estar relacionada directamente al contenido educativo de la transmisión, y ser de asistencia material a ésta. Por otro lado, la ejecución no sujeta a autorización estaba limitada a obras literarias o musicales no dramáticas, y solamente la exhibición podía extenderse a cualquier otra clase de obras. Y la más fuerte restricción: la transmisión debía ser recibida en una sala de clases u otro lugar normalmente dedicado a la instrucción, o por personas cuyas incapacidades (*disabilities*) o circunstancias especiales les impidan la asistencia a una sala de clases o lugar similar, o por empleados públicos como parte de sus labores. Básicamente, el antiguo Artículo 110(2) establecía excepciones para la educación por los medios vigentes al momento de dictarse la *Copyright Act*: a través de la tecnología analógica, es decir, a través de radio y televisión, descartándose de otras posibles formas de enseñanza a distancia como las que hoy predominan.

Las consecuencias de esta regulación eran diversas. En primer lugar, al restringirse el tipo de obras que podían ejecutarse (por ejemplo, una pieza de ópera es una obra musical dramática, y por tanto no aplicaba la excepción), el contenido mismo de cada curso podía sufrir modificaciones, lo que desde el punto

de vista pedagógico es carente de sentido. En segundo lugar, la limitación de los posibles lugares de recepción hacía poco por suplir las necesidades de la educación a distancia cuando crecía la recepción de material de forma asíncrona y en computadores personales.<sup>149</sup> La excepción no reconocía esta circunstancia, ni aspectos técnicos tales como la cadena de usos (incluida la reproducción) que son propios de la transmisión por redes digitales, ni la digitalización de contenidos en formato analógico para su utilización en tales redes. Se desincentivaba la utilización de obras, y con ello el desarrollo mismo de la educación a través de Internet, como consecuencia de una ley obsoleta.

El sistema de *fair use* era, necesariamente, el estatuto cuyos principios habían de regir la materia. El *fair use*, por ser un sistema de menor precisión en su regulación, requiere una cuidadosa conducta por parte de quien pretende invocarlo para cierta utilización de una obra protegida.

Reconociendo esa dificultad, poco después de promulgarse la *Copyright Law*, el Congreso de los Estados Unidos pidió a las partes interesadas (académicos, bibliotecarios, editores, autores, etc.) que acordaran el diseño de lineamientos (*guidelines*) a seguir para la aplicación del *fair use* y de las reglas especiales, en circunstancias comunes de uso de obras protegidas,<sup>150</sup> primero para ciertos casos de reproducción en salas de clases (*Guidelines for Classroom Copying in Not-for-Profit Educational Institutions with Respect to Books and Periodicals*, de 1976). Con el tiempo -mas no sin dificultades- surgirían otras directrices para distintos usos.<sup>151</sup> Los lineamientos no tienen fuerza de ley ni poseen operatividad a nivel judicial; sin

---

<sup>149</sup> GASAWAY, Laura N., "Distance learning and copyright: Is a solution in sight?". En: *CAUSE/EFFECT*, Vol. 22, No. 3, 1999. Disponible en: <<http://www.educause.edu/ir/library/html/cem/cem99/cem9932.html>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>150</sup> GUIBAULT, L., *op. cit.*, pp. 16-18.

<sup>151</sup> *Vd.* CREWS, Kenneth, "The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines". En: *Ohio State Law Journal* vol. 62, 2001, pp. 614-625.

embargo, gozan de cierta autoridad por ser producto de un consenso entre partes interesadas, a petición del Congreso. Ellos indican de forma bastante específica cada uso, es decir, en medidas concretas, como número de palabras, porcentajes de obras, etc. Por cierto, por carecer de fuerza normativa, un uso que exceda aquel señalado en los lineamientos, podría todavía ser considerado como uso leal.

La aparente falta de aptitud de la ley frente a una creciente Internet, llevó a la realización de la CONFU (*Conference on Fair Use*) desde mediados de 1995, entre 93 organizaciones (entidades académicas, cuerpos estatales, empresas editoras, etc.), para la creación de nuevos lineamientos en distintas áreas de usos educacionales,<sup>152</sup> a saber: el aprendizaje a distancia, los proyectos multimedia, las reservas electrónicas de bibliotecas, el préstamo interbibliotecario, las colecciones digitales de imágenes, y el *software*. El resultado, tras dos años y medio de arduas discusiones en cada uno de esos grupos, no fue el esperado, y a mediados de 1997 se declaró el fracaso de la CONFU por falta de consenso para el apoyo de los Lineamientos Propuestos en las negociaciones.<sup>153</sup>

Sin embargo, tales propuestas sobrevivieron como marcos referenciales para los usos sobre los que se negociaba. Entre ellas, la referida a la educación a distancia. Los lineamientos propuestos en esta materia buscaban servir como guía para la ejecución y exhibición de obras en ambientes educativos a distancia no cubiertos por las condiciones del Artículo 110(2), expandiendo su alcance con base en los principios del *fair use*. Estos lineamientos abordan la educación a distancia

---

<sup>152</sup> UNIVERSITY OF TEXAS, *CONFU* [en línea]. Disponible en: <<http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/confu2.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>153</sup> UNIVERSITY OF TEXAS, *CONFU: The Conference on Fair Use* [en línea]. Disponible en: <<http://www.utsystem.edu/ogc/Intellectualproperty/confu.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

en dos contextos:<sup>154</sup> clases interactivas “en vivo” a distancia, e instrucción grabada sin estudiantes presentes para transmisión posterior. Es decir, replicando a distancia la clase presencial, los lineamientos permiten ejecuciones y exhibiciones más allá de los límites del Artículo 110(2), aunque no permitirían transmisiones que resultaran en copias no autorizadas para los estudiantes, más de lo que podría un educador presencial.<sup>155</sup> Los lineamientos son aplicables a la transmisión vía satélite, por circuito cerrado de televisión, o mediante una red computacional protegida, y no permiten la evasión de mecanismos anticopia que posean las obras. Entre otros deberes, se menciona la transmisión mediante un sistema con limitaciones tecnológicas para el acceso, y la posibilidad de recepción en cualquier lugar (además de los mencionados en el Artículo 110(2)) donde la institución educativa pueda controlar esa recepción, impidiendo la copia de la porción de la clase que incluya el uso de obra protegida. Las copias de la transmisión se conservan por quince días consecutivos, visibles solamente para los estudiantes inscritos en el curso.

Aunque se establecen requisitos razonables, los lineamientos propuestos son también insatisfactorios. En la propuesta misma se reconoce su falta de aplicabilidad para la transmisión asíncrona de enseñanza mediante una red computacional, aun si ella está protegida y es capaz de limitar el acceso.<sup>156</sup> No porque el *fair use* no sea aplicable en esa forma de instrucción, sino por tratarse de un área de desarrollo difícilmente predecible, sujeto a los rápidos y constantes cambios en las tecnologías comunicacionales, con las consecuencias que ello acarrea en el diseño y el mercadeo de cursos y la producción de material educativo adecuado. Lo anterior, sumado a la falta de apoyo suficiente de las instituciones

---

<sup>154</sup> LEHMAN, Bruce A., *The Conference on Fair Use: Final report to the commissioner on the conclusion of the Conference on Fair Use*. 1998, Apéndice I, 2.1.

<sup>155</sup> *Ídem*.

<sup>156</sup> *Ídem*.

involucradas en el diseño de los lineamientos, prácticamente dejó a las instituciones sin la capacidad de utilizar obras protegidas en *e-learning*, bajo el riesgo de incurrir en responsabilidad por infracción del *copyright*.

En suma, con anterioridad a las grandes reformas a la legislación sobre derecho de autor de la última década, el *e-learning* sufría de fuertes restricciones para el alcance de su potencial. El cumplimiento de la ley, en el derecho de autor estadounidense, puede darse (si la obra está protegida) por tres caminos distintos: (i) por acogerse el uso a una excepción especial, que el *e-learning* no tenía; (ii) por acogerse el uso a los principios y condiciones de *fair use*, que sin parámetros claros era un riesgo demasiado grande para las instituciones educativas; y (iii) recurriendo a los permisos. La situación de incertidumbre con el *fair use* era tal, que ante la ausencia de seguridad sobre la legalidad de una utilización, las instituciones de educación preferían asumir los costos de pagar una licencia por cada obra, o bien prescindir de las obras protegidas y perder calidad comparativa, y con ello, competitividad. Para el desarrollo mismo de la industria parecía indispensable revisar la legislación.

## 1.2 Hacia la reforma legal

Fue durante 1998 que en los Estados Unidos de América se dictaron dos de las más importantes y polémicas modificaciones que ha sufrido la *Copyright Act*. Una de ellas es la Ley de Extensión del Plazo de Protección de Derechos de Autor (*Copyright Term Extension Act*),<sup>157</sup> efectiva desde el 27 de octubre de ese año. La

---

<sup>157</sup> La *Copyright Term Extension Act* (también llamada coloquialmente “*Sonny Bonno Act*” en honor a su difunto patrocinador, o “*Mickey Mouse Protection Act*” por sus detractores, debido a su asociación con el lobby ejercido por The Walt Disney Company para su promulgación), tal como indica su denominación, extiende el período de protección de derechos de autor, armonizando en parte la ley estadounidense con la normativa de la Unión Europea, dando un término de

otra, efectiva desde el día siguiente, es la *Digital Millennium Copyright Act*, a la que nos hemos referido en el capítulo anterior.

La aplicación de la normativa sobre derecho de autor a la educación a distancia, incluida aquella llevada a cabo a través de Internet, fue un tema considerado en la discusión que precedió a la DMCA.<sup>158</sup> Pero como también dijimos, la falta de consenso provocó que el tema no fuera parte de las modificaciones llevadas adelante por esta ley.

Como resultado de lo anterior, los usos educativos a distancia no solamente quedaron bajo la anacrónica regulación de 1976 y el vago *fair use*, sino que además enfrentaban el restrictivo escenario planteado por la DMCA: la necesaria realización de copias, la transmisión, y especialmente la elusión de tecnología de protección de derechos, aun con propósitos de enseñanza, eran calificables como conductas ilegales. La elusión de medidas de protección está prohibida incluso si el uso de la obra pudiera calificarse como justo,<sup>159</sup> reduciéndose la aplicación del *fair use* como consecuencia de la ley. En suma, lo ordenado por la DMCA pone una separación tan tajante entre usos justos y usos prohibidos, que pareció a muchos grupos de interés que terminaba cualquier forma de *fair use* en el entorno digital, debilitando el fundamento constitucional que apoyaba la noción de la renovación de las ideas en el dominio público con cada generación. La DMCA hizo

---

protección de hasta 70 años *post mortem auctoris*, y para las obras por encargo, 95 años desde su publicación o 120 desde su creación.

<sup>158</sup> *Report on the Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2001*, U.S. Senate Committee on the Judiciary (*Senate Report No. 107-31*), pp. 4-6. El informe que acompañó al proyecto a la Cámara de Representantes (*House of Representatives Report 107-687*) es de contenido casi idéntico, por lo que futuras menciones al informe del Senado se extienden a aquel.

<sup>159</sup> *Stanford University 2007 Copyright Reminder*, disponible en: <[http://www-sul.stanford.edu/libraries\\_collections/copyright\\_reminders/index.html](http://www-sul.stanford.edu/libraries_collections/copyright_reminders/index.html)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

intolerables las ambigüedades y limitaciones en torno al *fair use* en las instituciones académicas.<sup>160</sup>

La estricta prohibición de elusión se ve atenuada gracias a lo dispuesto en el Artículo 1201(a) de la DMCA, que otorga a la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos la facultad para eximir, mediante acto administrativo, ciertos tipos de obras de la prohibición, por recomendación del Registro de Derecho de Autor, y conforme al procedimiento fijado en la ley.<sup>161</sup> Las excepciones así fijadas tienen validez por tres años, tras los cuales son revisadas para su renovación y el establecimiento de nuevas excepciones.<sup>162</sup> Aun cuando el sistema permite una constante búsqueda de soluciones para las que el procedimiento de modificación de la ley resulta inadecuado, las críticas por el corto alcance de las excepciones así fijadas no se han hecho esperar en las tres ocasiones en que se han fijado.

Por otro lado, el sistema de excepciones fijadas administrativamente resulta todavía insuficiente para las necesidades de uso en *e-learning*, para el cual no fue diseñado.<sup>163</sup> La falta de consenso para una modificación legal que tomara en cuenta los intereses de educadores y detentadores de derechos llevó a que, en el Artículo 403 de la DMCA, se ordenara a la Oficina de Derecho de Autor (*United States Copyright Office*, parte de la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos) consultar con representantes de titulares de derecho de autor, instituciones educacionales sin fines de lucro y bibliotecas y archivos sin fines de lucro, para

---

<sup>160</sup> SHULER, John A., "Distance Education, Copyrights Rights, and the New TEACH Act". En: *International Federation of Library Associations & Institutions: IFLA Set Bulletin*, July 2003, p. 14.

<sup>161</sup> GUIBAULT, L., *op. cit.*, p. 45.

<sup>162</sup> La información completa sobre las excepciones especiales actualmente vigentes, puede encontrarse en la página web oficial de la Oficina de Derecho de Autor de los Estados Unidos, disponible en: <<http://www.copyright.gov/1201>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>163</sup> No obstante, la educación sí se ha beneficiado de este sistema en situaciones específicas, como la evasión para la producción de compilaciones audiovisuales en el marco de cursos de cinematografía desde fines de 2006.



luego enviar al Congreso las recomendaciones para “incentivar la educación en línea mediante tecnología digital [...] manteniendo un equilibrio apropiado entre los derechos de los titulares de derechos de autor y las necesidades de los usuarios de obras protegidas”. La *Copyright Office* debía emitir su informe dentro de seis meses desde la entrada en vigor de la DMCA, y tras realizar consultas públicas en el marco de la CONFU,<sup>164</sup> emitió su informe en mayo de 1999.<sup>165</sup>

Se recogieron casi doscientos comentarios y réplicas durante las audiencias,<sup>166</sup> con ciertas opiniones recurrentes dentro de cada grupo interesado.<sup>167</sup> Los representantes de los titulares de derechos de autor, compañías discográficas, escritores y editores, se oponían a limitar los derechos, haciendo notar situaciones tales como: el peligro de piratería digital; el eficiente y exitoso funcionamiento del sistema de licenciamiento; el impacto negativo sobre la producción de material de nuevas excepciones; y la falta de aptitud de los medios tecnológicos para proteger eficazmente contra la copia de materiales disponibles en línea. Los titulares de derechos rechazaban, en definitiva, la consagración de nuevas excepciones, por considerarlo innecesario e indeseable.

Por otra parte, los representantes de educadores, bibliotecas y universidades, abogaban por una ampliación de las excepciones del Artículo 110(2) de la *Copyright Act*. Consideraban: la insuficiencia y obsolescencia del régimen existente frente a la expansión de la educación a distancia; las negativas consecuencias de negociaciones difíciles y poco equitativas para la obtención de licencias; la disponibilidad de barreras tecnológicas para la copia y el acceso no

---

<sup>164</sup> GUIBAULT, L., *op. cit.*, p. 38.

<sup>165</sup> U.S. COPYRIGHT OFFICE. *Report on Copyright and Digital Distance Education*, 1999.

<sup>166</sup> Los comentarios y las réplicas recibidas pueden encontrarse listados, respectivamente, en: <<http://www.copyright.gov/disted/comments.html>> y <<http://www.copyright.gov/disted/reply>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>167</sup> Seguimos el testimonio de: *USCO Report on Copyright and Digital Distance Education*, pp. 127-140.

autorizado a las obras; y de manera especialmente relevante, la insuficiencia y la poca confiabilidad de los principios de *fair use* para la protección de la actividad de los educadores.

También se expresó por otros interesados una preocupación frente a la calidad y la acreditación de los programas de *e-learning*, en consideración a la rentabilidad de la que gozan.

El Informe concluyó que eran problemas inherentes a la relación entre la educación digital a distancia y el Artículo 110(2):

- La transmisión de obras involucra múltiples actos de reproducción y a menudo de distribución, no cubiertos por el Artículo 110(2). Aunque se exceptúen de protección las ejecuciones y exhibiciones, las transmisiones digitales constituirían infracción a menos que se autorizaran los actos de reproducción y distribución.<sup>168</sup>
- La mayoría de los estudiantes que cursan clases a distancia no lo harían debido a impedimentos causados por trabajo, distancia geográfica o cuidado familiar, quedando fuera de la definición de “circunstancias especiales”, por lo que las obras transmitidas a ellos fuera de un ambiente de aula no haría aplicable la excepción.<sup>169</sup>

El Informe recomendó tomar como punto de referencia para una nueva regulación, el equilibrio dispuesto por la *Copyright Act* de 1976, deshaciéndose de los aspectos tecnológicamente obsoletos. Las recomendaciones de la Oficina de Derecho de Autor para modificar el Artículo 110(2) fueron:<sup>170</sup>

- a) Esclarecer el significado de “transmisión”;

---

<sup>168</sup> *Ídem*, p. 83.

<sup>169</sup> *Ídem*, p. 84.

<sup>170</sup> Para más detalles, *vd. ídem*, pp. 146-160.

- b) Expandir el alcance de los derechos hasta donde sea necesario desde el punto de vista tecnológico;
- c) Resaltar el concepto de instrucción intermediada;
- d) Eliminar el requisito de sala de clases física;
- e) Añadir nuevas salvaguardias para contrarrestar los nuevos riesgos;
- f) Mantener los estándares existentes de elegibilidad para acogerse a la excepción;
- g) Aumentar las categorías de obras cubiertas;
- h) Exigir el uso de copias lícitas; y
- i) Agregar una nueva excepción para las reproducciones efímeras.

En suma, la Oficina de Derecho de Autor expresaba como su intención:

“En específico, recomendamos actualizar el Artículo 110(2), la excepción para la radiodifusión educativa, para permitir los mismos tipos de ejecuciones y exhibiciones que actualmente permite, a través de tecnologías digitales, y recibidas por estudiantes en lugares remotos, sea que estén o no en una sala de clases física. Además, sugerimos que la excepción sea ampliada para permitir ciertas ejecuciones acotadas de categorías de obras protegidas no cubiertas por los términos de la ley. Al mismo tiempo, con el fin de mantener un equilibrio adecuado entre los derechos de los titulares de derechos de autor y las necesidades de la comunidad educacional, recomendamos que la expansión de la excepción esté acompañada de la incorporación de un número de salvaguardas para controlar los riesgos de una difusión no autorizada y asegurar la continua efectividad de las restricciones existentes en la ley.”<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> *Ídem*, p. 7.

### 1.3 La nueva ley

El 7 de marzo de 2001, ingresó al Senado de los Estados Unidos el proyecto de ley S. (*Senate bill*) 487, titulado *Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2001* (Ley de Armonización de Tecnología, Educación y Derecho de Autor), y conocido por el acrónimo formado por sus iniciales, *TEACH Act* (“*teach*” siendo la palabra inglesa para “enseñar”), que recogía las conclusiones y recomendaciones del Informe de la Oficina de Derecho de Autor para la modificación del Artículo 110(2) de la Ley de Derecho de Autor. Después de su estudio y de consultar a las partes interesadas, el texto del proyecto fue aprobado de manera unánime en la Comisión Judicial del Senado. El texto llevado a discusión en la sala fue aprobado de manera unánime (y casi sin modificaciones) en el Senado, el 7 de junio de 2001.

Por otro lado, un proyecto casi idéntico fue ingresado el mismo día, en la Cámara de Representantes: el proyecto H.R. (*House Resolution*) 2100, titulado *Twenty-First Century Distance Learning Enhancement Act* (Ley de Fortalecimiento del Aprendizaje a Distancia del Siglo Veintiuno).<sup>172</sup> Pero tres aspectos rompían la similitud, con importantes consecuencias para el primero de ellos (que revisaremos más adelante). En primer lugar, incluía entre las entidades favorecidas por la nueva excepción del Artículo 110(2) a las bibliotecas sin fines de lucro, algo que el proyecto S. 487 no hacía. En segundo lugar, omitía un mandato de informe por la Oficina de Patentes y Marcas Comerciales sobre las medidas tecnológicas de protección de obras en Internet. La tercera diferencia era un detalle técnico modificado en la votación en sala en el Senado, que el Representante

---

<sup>172</sup> CARNEY, David, *Congress Addresses Distance Learning Via the Internet*, 2001. Disponible en: <<http://www.llrx.com/features/distance.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

patrocinante desechó en el proyecto H.R. 2100, considerando la posibilidad de problemas interpretativos a la luz de la DMCA.<sup>173</sup>

El proyecto del Senado sería el que finalmente se convertiría en ley, por contar con un mayor apoyo por parte de las entidades interesadas en el proceso de su redacción. Así era, pues bajo órdenes de la Comisión Judicial del Senado, y tras la audiencia pública que sucedió al ingreso del proyecto S. 487, se desarrollaron intensas negociaciones entre las partes interesadas, y el proyecto era producto de esas negociaciones. El objetivo de las mismas era llegar a un texto de proyecto que plasmara un punto de transigencia entre los educadores y los titulares de derechos que se oponían a la modificación legal propuesta,<sup>174</sup> por considerar la nueva legislación perjudicial para sus intereses, por las mismas razones expuestas anteriormente por los representantes de proveedores de contenido en el informe de la Oficina de Derecho de Autor.<sup>175</sup> A pesar de los efectos (intencionales o no) que la transigencia tendría en la redacción del texto final limitando la nueva excepción, la necesidad de reforma legal llevó a que las instituciones representadas apoyaran públicamente el proyecto del Senado, con lo que su aprobación en la Cámara de Representantes (el 26 de septiembre de 2002) se vio facilitada.

El 2 de noviembre de 2002, el Presidente de los Estados Unidos de América, George W. Bush, promulgó la Ley TEACH, Artículo 13301 de la *21st Century*

---

<sup>173</sup> *Congressional Record*, 12 de junio de 2001, p. E1076.

<sup>174</sup> CARNEY, D., *op. cit.*

<sup>175</sup> El patrocinante del proyecto, Senador Orrin Hatch, reconoció el efecto del *lobby* de los representantes de los proveedores de contenidos en la modificación del proyecto original, al presentar el proyecto de la Comisión Judicial para la discusión del Senado. El comentario del Senador puede encontrarse en: <<http://judiciary.senate.gov/oldsite/ogh051701es487.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

*Department of Justice Appropriations Authorization Act.*<sup>176</sup> La ley modificó el Artículo 110(2) de la Ley de Derecho de Autor (C. 17, U.S.C.), ampliando el alcance de la excepción allí consagrada, y estableciendo los requisitos para la procedencia de la excepción. El *e-learning* tiene desde entonces regulación especial en los Estados Unidos.

## **2. Contenido y requisitos**

La Ley TEACH consta de cuatro párrafos o subsecciones.<sup>177</sup> Ninguna de ellas se ocupa de la definición de educación a distancia en general, ni al *e-learning* en particular. El enfoque de la ley está sobre ciertas utilizaciones específicas de obras protegidas que en el marco de dichas actividades se consideran justificables, y por tanto exceptuadas de la protección.

La subsección (a) denomina a la ley, permitiendo citarla bajo el título “*Technology, Education, and Copyright Harmonization Act of 2002*”.

La subsección (b) es la parte central de la modificación legal. Reemplaza el Artículo 110(2) de la Ley de Derecho de Autor, estableciendo el nuevo régimen de excepción para ciertas ejecuciones y exhibiciones con fines educacionales. Además, agrega al final del artículo 110 algunos párrafos con definiciones relativas a la nueva excepción.

La subsección (c), por su parte, modifica el Artículo 117 de la Ley de Derecho de Autor, relativo a las excepciones para las grabaciones efímeras,

---

<sup>176</sup> Ley Pública 107-273, que se ocupa de modificaciones legales de la más diversa naturaleza, a la que se agregó la Ley TEACH dado que el Congreso estaba a punto de renovar a gran parte de sus integrantes.

<sup>177</sup> Para el texto completo de la ley, véase el Apéndice.

agregando una subsección a dicho artículo que exceptúa las reproducciones realizadas con fines de transmisión bajo las condiciones establecidas en el nuevo Artículo 110(2), y permitiendo también la digitalización para ciertos usos bajo la misma excepción.

La subsección (d), finalmente, ordenaba al Subsecretario de Comercio para la Propiedad Intelectual, tras consultar con el Registro de Derechos de Autor, emitir un informe refiriéndose a los sistemas tecnológicos de protección implementados o por implementarse en los establecimientos educativos. El informe fue publicado el 20 de mayo de 2003.<sup>178</sup>

El propósito de la Ley TEACH es servir a las instituciones educativas al liberar de restricciones normativas el uso en educación digital a distancia de obras protegidas por derechos de autor, resguardando no obstante a los titulares de tales derechos ante la posibilidad de explotación no autorizada de las obras utilizadas en tales actividades. Para ello establece una serie de obligaciones y condiciones de uso, que revisaremos a continuación. Cabe agregar que para otras clases de obras y de utilidades no cubiertas por la Ley TEACH, el *fair use* continúa siendo plenamente aplicable, y no se ve afectado por las provisiones de esta ley.<sup>179</sup>

## 2.1 Obras

La Ley TEACH expande enormemente la clase de obras cuya utilización es lícita respecto de la regulación anterior. A ellas se refiere de manera explícita, señalando también aquellas excluidas de la cobertura bajo la excepción. Para hacer

---

<sup>178</sup> U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE, *Technological Protection Systems for Digitized Copyrighted Works: A Report to Congress*. Disponible en: <<http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/teachreport.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>179</sup> *Senate Report No. 107-31*, pp. 3-4.

valer la excepción, la clase de obra de que se trate tiene estrecha relación con la forma de utilización que se haga de ella.

Son **obras permitidas** para su ejecución o interpretación:

- Las obras literarias no dramáticas;
- Las obras musicales no dramáticas; y
- Las obras de cualquier otra clase, incluidas las obras dramáticas y las obras audiovisuales, pero solamente para la ejecución de “porciones razonables y limitadas” de las mismas.<sup>180</sup>

Son obras permitidas para su exhibición:

- Las obras de cualquier clase, para exhibición de las mismas “en una proporción similar a aquella típicamente exhibida durante una sesión presencial de clases en aula”.<sup>181</sup>

Sea que el uso se trate de una ejecución o una exhibición, la forma de explotación que regula la excepción es la transmisión de tales usos. Si bien el concepto legal de transmisión es tecnológicamente neutral,<sup>182</sup> la redacción de los requisitos de la Ley TEACH la hacen necesariamente aplicable a la transmisión por vías digitales.

El requisito de las “porciones razonables y limitadas” no está definido en la ley. Qué constituye una porción razonable y limitada, es materia que ha sido ampliamente estudiada a propósito de la aplicabilidad del *fair use* y los lineamientos derivados. En un nivel elemental, en el cumplimiento del requisito es

---

<sup>180</sup> 17 U.S.C. § 110(2).

<sup>181</sup> 17 U.S.C. § 110(2).

<sup>182</sup> 17 U.S.C. § 101: “Transmitir una ejecución o exhibición es comunicarla por cualquier dispositivo o proceso a través del cual imágenes o sonidos sean recibidos más allá del lugar desde donde se envían”.



conveniente considerar tanto el propósito pedagógico de la ejecución como la naturaleza de la obra y el mercado para el que naturalmente ha sido producida.

La restricción respecto de la exhibición de obras tiene por intención limitar la exhibición en línea de ciertos tipos de obras que pudieran sustituir a la adquisición de ejemplares de las mismas (por ejemplo, obras literarias), y al mismo tiempo, dar suficiente campo de acción para la exhibición completa de ciertas obras (por ejemplo, textos breves, poemas, imágenes de obras plásticas, etc.).<sup>183</sup> Por otra parte, la referencia a la clase presencial es consistente con el concepto de “actividades educativas intermediadas” (es decir, con asistencia de un instructor), al que nos referiremos prontamente, y reconoce que la exhibición o exposición de una obra tiene distinto impacto en el entorno digital, eminentemente visual.

Por otro lado, son **obras prohibidas**:

- Las obras comercializadas principalmente para su ejecución o exhibición como parte de actividades educativas intermediadas transmitidas a través de redes digitales;<sup>184</sup>
- Las copias “no producidas ni adquiridas lícitamente” bajo la Ley de Derecho de Autor, si la institución educativa sabía o tenía motivos para saber de la ilicitud de tal copia;<sup>185</sup>
- Los textos de estudio, *course packs*, u otros ejemplares de material típicamente adquirido por estudiantes para uso y retención independientes.<sup>186</sup>

---

<sup>183</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 8.

<sup>184</sup> 17 U.S.C. § 110(2).

<sup>185</sup> 17 U.S.C. § 110(2).

<sup>186</sup> 17 U.S.C. § 110 *in fine*.

La primera clase de obras no utilizables bajo la Ley TEACH, se refiere a las obras producidas especialmente *para* el mercado del *e-learning*, que razonablemente no pueden ser excluidas de protección en el mercado para el que fueron creadas, pues con ello desaparecería el incentivo para la creación misma de tales obras. Por cierto, la exclusión de estas obras se aplicaría solamente al material producido para el *e-learning*, y no a otro tipo de material educativo.<sup>187</sup> Aunque esto permitiría una amplia gama de obras de potencial educativo, ello se ve relativizado por el tercer grupo de obras excluidas.

En efecto, la definición de “actividades educativas intermediadas” agregada mediante la Ley TEACH (y a la que nos referiremos), excluye de las actividades asistidas por la excepción a aquellas que utilizan, en una o más clases, obras educativas tales como manuales o compilaciones de textos, comúnmente adquiridas individualmente por los estudiantes para su uso independiente.<sup>188</sup> Mientras esta exclusión se refiere a la naturaleza de la actividad exenta, la primera excluye aquellos producidos o comercializados para la actividad exenta. La interacción de estas exclusiones podría llevar a que una obra tal como un manual impreso, no pueda ser utilizada por ser típicamente adquirida por estudiantes; sin embargo, no es producida para su uso de forma análoga al de una clase presencial, por lo que no sería aplicable la primera exclusión. Así, el instructor bien podría usar partes breves de un manual distinto al asignado a su curso, o incluso enfatizar un extracto del manual asignado y adquirido por los estudiantes.<sup>189</sup>

---

<sup>187</sup> En consecuencia, el material producido para ser utilizado en educación a distancia transmitida por medios análogos, sería cubierto por la Ley TEACH si quisiera utilizarse en transmisiones digitales.

<sup>188</sup> Específicamente, la ley excluye a las obras “tales como manuales, *course packs*, u otro material en cualquier medio, copias o fonogramas que sean comúnmente comprados o adquiridos por los estudiantes de educación superior para su uso y retención independientes o sean típicamente comprados o adquiridos para estudiantes primarios o secundarios para su posesión y uso independiente”.

<sup>189</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 10.

El segundo grupo de obras excluidas, las copias ilegales, es similar en texto a la exclusión del uso de copias ilegales de obras audiovisuales bajo la excepción para las clases presenciales (Artículo 110(1) de la Ley de Derecho de Autor), pero aplicable a toda clase de obras que se pretenda utilizar en educación digital a distancia. Esta exclusión pretende reducir la posibilidad de que la aplicabilidad de la excepción para exhibiciones y ejecuciones conlleve la proliferación de copias no autorizadas de las obras.<sup>190</sup> Esto nos merece dos consideraciones.

En primer lugar, sería necesario dilucidar si una copia ha sido lícitamente producida o adquirida, pero el concepto mismo carece de precisión. La licitud de la reproducción no autorizada es determinada mediante las reglas de *fair use*. La copia de una obra podría pretender ser cubierta por una excepción conforme a los principios del uso justo, y además su utilización cubierta por la Ley TEACH, pero la incertidumbre del *fair use* haría caer en inseguridad jurídica en la utilización de esa copia. En cambio, si la copia fue hecha con autorización de una licencia, nada obsta a que las condiciones de la licencia establezcan una prohibición de utilización en educación digital a distancia. Sin embargo, cuesta concebir un escenario en que tal condición sería válida por sobre una excepción específicamente otorgada en el derecho estatutario.

En segundo lugar, si no pueden utilizarse copias ilegales ni obras producidas para el *e-learning*, ¿qué ocurriría con la digitalización de obras en formato analógico? Como sabemos, se trata de un acto de reproducción, que por tanto requeriría autorización. La modificación de la Ley TEACH al Artículo 112 de la *Copyright Law* señala expresamente que no se autoriza la conversión a formato digital, salvo en dos circunstancias. Bajo la condición de que la cantidad a digitalizar se limite a la cantidad que es posible ejecutar o exhibir conforme al

---

<sup>190</sup> USCO Report on copyright and digital distance education, p. 159.

nuevo Artículo 110(2), se autoriza la digitalización: (i) si no existe una versión digital de la obra disponible para la institución educativa, o bien (ii) si la versión digital existente está protegida por medidas tecnológicas de protección que imposibilitan su ejecución o exhibición conforme al Artículo 110(2). Limitar esta posibilidad de digitalización a los usos exceptuados por el Artículo 110(2) impide otros fines como la construcción de una reserva de obras digitalizadas.

Como vemos, no se encuentra entre las clases de obras permitidas la reproducción de obras impresas, salvo aquellas que se exhiban durante una sesión de clases. Otras normas, como las relativas al uso justo, rigen en materia de copias para fines de uso en el aula (física o virtual). A distancia, el material impreso, digitalizado o no, se rige por el uso justo; las obras sonoras y visuales, por la Ley TEACH. Pero la reproducción y la digitalización de obras impresas tampoco son actividades que comúnmente hagan depender su legalidad del *fair use*, sino que están regidas por la generalizada práctica del licenciamiento en los Estados Unidos.

Por otro lado, debe mencionarse que otras formas de reproducción, las copias temporales y las grabaciones efímeras, necesarias para el proceso de transmisión en cumplimiento de la Ley TEACH, son también autorizadas en la medida en que se restrinja su acceso y se respete la temporalidad exigida.

## 2.2 Condiciones de utilización

Como hemos visto, la excepción contenida en la Ley TEACH se aplica exclusivamente a dos formas de uso: la exhibición y la ejecución. La ley establece además diversas condiciones, de cumplimiento copulativo, concernientes a los usos mismos para la aplicabilidad de la excepción.

Estas condiciones son:

- La ejecución o exhibición debe ser realizada, dirigida o supervisada por un instructor;<sup>191</sup>
- El uso debe formar una parte integral de una sesión de clases;<sup>192</sup>
- El uso debe ser parte de actividades educativas intermediadas sistemáticas;<sup>193</sup> y
- La ejecución o exhibición debe estar directamente relacionada y ser de asistencia esencial para el contenido docente.<sup>194</sup>

El primer requisito contempla más de una posibilidad. No requiere mayor explicación la realización de la transmisión por el instructor, esto es, que él mismo ponga los materiales a disposición del alumnado respectivo. Puede ser un alumno quien inicie la exhibición o ejecución,<sup>195</sup> bajo la dirección o bien bajo supervisión del instructor.

Tanto para su propia puesta a disposición de contenidos como para la realizada por alumnos, la supervisión efectiva (*actual supervision*) del instructor es un requisito que goza de cierta flexibilidad. No exige, por ejemplo, que el instructor deba estar “en línea” constantemente o en el momento en que los estudiantes accedan a la transmisión de un clip de vídeo, mucho menos intervenir de forma distinta (por ejemplo, emitiendo una autorización en cada ocasión que se produce el acceso a determinado material). Y esto es así porque se entiende que la asincronía es uno de los elementos más importantes del *e-learning*, una característica que implica gran parte de su conveniencia; siendo altamente

---

<sup>191</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(A).

<sup>192</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(A).

<sup>193</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(A).

<sup>194</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(B).

<sup>195</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 9.

improbable (además de inconveniente) en la práctica que un instructor supervise en tiempo real ese acceso. El requisito de supervisión efectiva se traduce en que el instructor debe supervisar las actividades de clases de manera efectiva, en actos, y no de manera nominal o teórica (por ejemplo, dejando a otra persona la determinación de contenidos y su transmisión).<sup>196</sup>

La segunda condición, el uso como una parte integral de una sesión de clases, significa que la ejecución o exhibición es análoga a aquella que tendría lugar en una sesión presencial de clases. Es decir, el uso debe ser parte de una clase, con interacción del instructor, no un complemento a ella, ni puesta con fines de mero enriquecimiento o ayuda que el estudiante pueda optar por revisar o no. Otras formas de uso de material protegida, tal como el uso de material complementario o de investigación, como compilaciones de textos, reservas electrónicas y recursos bibliotecarios digitales, que no involucran usos análogos al del aula, no son materias cubiertas por esta excepción.<sup>197</sup>

La tercera condición es que la sesión de clases en la que se enmarca el uso, sea ofrecida como parte regular de actividades educativas mediadas sistemáticas de una institución autorizada. El concepto de “actividades educativas intermediadas” está definido de manera específica por la Ley TEACH, como aquellas actividades que implican los usos exceptuados como parte integral de la experiencia de clases, controlada o supervisada por el instructor (el sujeto clave en la noción de clase “mediada”) y análoga al tipo de ejecución o exhibición que tendría lugar en una clase presencial. Además, la definición excluye a las actividades que utilicen en una o más sesiones de clases ciertos tipos de obras educativas, adquiridas normalmente para su uso por los estudiantes, como vimos

---

<sup>196</sup> *Ídem.*

<sup>197</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 10.

a propósito de las obras excluidas de la excepción. De esta forma, si bien es posible leer textos completos y extensos a través de la pantalla de un computador, este uso no sería análogo a la exhibición que tendría lugar en una sala de clases y llevada a cabo por un profesor; luego, no sería autorizado bajo la excepción.

La cuarta condición, la exigencia de relación directa y asistencia relevante, ya estaba presente en el antiguo Artículo 110(2), y así se mantuvo en la Ley TEACH. Según el Informe de la Oficina de Derecho de Autor, este requisito constituye “una prueba de relevancia y esencialidad (*materiality*) [que] conecta a la obra protegida con el currículum”, excluyendo de aplicabilidad el uso de una obra con fines recreativos, “tales como la música de fondo empleada simplemente para adornar la lección”.<sup>198</sup>

### 2.3 Elegibilidad y obligaciones institucionales

En términos sencillos, la Ley TEACH establece una renovada excepción para el uso de obras protegidas en *e-learning*; excepción que puede ser invocada por dos clases de entidades: organismos estatales e instituciones educacionales acreditadas sin fines de lucro.<sup>199</sup> La delimitación del segundo grupo de instituciones merece nuestra atención.

Con anterioridad a la Ley TEACH, la excepción para educación a distancia exigía que la entidad emisora fuera bien un organismo estatal o una “institución educacional sin fines de lucro”. En la discusión que llevó a la aprobación de la Ley TEACH, fueron los proveedores de contenido quienes expresaron preocupación sobre la posibilidad de uso por instituciones sin fines de lucro que no fueran entes

---

<sup>198</sup> USCO Report on copyright and digital distance education, p. 80.

<sup>199</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(A).

educacionales propiamente tales, y propusieron la introducción de la palabra “acreditadas” como calificación adicional, por lo demás ausente en la excepción para la educación presencial.<sup>200</sup>

No resultaba clara la forma en que este requisito extra resulta apropiado para otorgar a ciertas instituciones la excepción, mucho menos para excluir a otras de la misma, en razón de los distintos estándares de acreditación propios de cada uno de los Estados federados. Este último punto fue abordado dejando la acreditación a las reglas de los Estados federados para las instituciones proveedoras de educación primaria y secundaria, y exigiendo acreditación por una agencia reconocida a nivel federal para la educación terciaria. Las instituciones con fines de lucro (incluidas las subsidiarias de aquellas instituciones educacionales sin fines de lucro), o cuya actividad es de otra naturaleza a pesar de impartir cursos por vía electrónica, no pueden invocar la excepción; luego, deben recurrir a otros sistemas para el uso de obras protegidas, como el licenciamiento.

La acreditación para fines de la Ley TEACH es entonces por institución, no por curso o programa de estudios. Es posible entonces pensar que una institución educacional sin fines de lucro obtenga la acreditación, y beneficiándose de la excepción para todos sus cursos, realice clases especiales que no conduzcan a la obtención de un grado, pero de alto costo para los educandos y en consecuencia de ganancia para la institución, que vería cubiertas sus actividades por la excepción de la Ley TEACH.<sup>201</sup>

---

<sup>200</sup> *Vd. Statement of The Register of Copyrights before the Senate Committee on the Judiciary*, 13 de marzo de 2001, disponible en: <<http://www.copyright.gov/docs/regstat031301.html>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>201</sup> UOC-IN3, *Copyright and Digital Distance Education* [directora de proyecto: Raquel XALABARDER], 2004, p. 270. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].



Las instituciones calificadas, esto es, los órganos estatales y las instituciones educativas acreditadas sin fines de lucro, están además sujetas al cumplimiento de otra serie de requisitos para poder acogerse a la excepción, a saber:

- Deben instituir directrices o políticas (*policies*) referidas al derecho de autor (aunque la ley no especifica el contenido de las mismas);
- Deben proveer a profesores, estudiantes y miembros relevantes del cuerpo de funcionarios, de material informativo que describa con precisión y promueva el cumplimiento de las leyes estadounidenses sobre derechos de autor;
- Deben dar aviso a los estudiantes de que los materiales utilizados en conexión con el curso respectivo podrían estar bajo protección a título de derechos de autor.<sup>202</sup>

Estos deberes tienen por fin promover un ambiente de cumplimiento de la ley, informar a los receptores (es decir, los estudiantes) de sus responsabilidades bajo las leyes sobre derecho de autor, y disminuir las probabilidades de actos infractores involuntarios y desinformados.<sup>203</sup>

Actualmente, las instituciones que se sirven de la excepción de la Ley TEACH cumplen con estos deberes a través de las normas de conducta a las que deben ceñirse sus funcionarios, estudiantes y académicos, casi siempre con referencia a determinados sitios en la *Web* con más información sobre el contenido de la Ley TEACH. La red Internet es así aprovechada para los fines informativos, para la publicación de las políticas institucionales sobre derechos de autor, y también para la publicación del aviso legalmente exigido sobre la posibilidad de

---

<sup>202</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(D)(i).

<sup>203</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 11.

protección.<sup>204</sup> Además de sumarse a los deberes antes descritos, las instituciones educacionales deben tomar otras clases de resguardos, principalmente de talante tecnológico, a lo que pronto nos referiremos.

## 2.4 Receptores autorizados

Como otra obligación que deben cumplir las entidades educadoras que pretendan invocar la excepción de la Ley TEACH para el uso de obras protegidas en *e-learning*, se encuentra la de limitar las transmisiones a receptores calificados.

Este requisito tiene dos aspectos. El primero de ellos dice relación con los deberes específicos de la institución:

- La *transmisión* es hecha solamente *para* los receptores autorizados, excluyéndose así el uso con otros fines (como la publicidad) para otros receptores;<sup>205</sup> y
- En la medida tecnológicamente posible, la *recepción* se limita a los receptores autorizados.<sup>206</sup>

Lo anterior incide en las medidas de protección de carácter tecnológico, reguladas de manera más detallada por la ley, y pone bajo el control de las instituciones educacionales el proceso completo de la transmisión. En tanto, el segundo aspecto señala cuales son esos receptores, debiendo la transmisión y la recepción limitarse a:

---

<sup>204</sup> CREWS, Kenneth D.: *New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act* [en línea]. Disponible en: <<http://www.ala.org/ala/washoff/woissues/copyrightb/distanceed/distanceeducation.cfm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>205</sup> CREWS, K., *New Copyright Law for Distance Education*, *op. cit.*

<sup>206</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(C).

- Los estudiantes oficialmente matriculados en el curso para el cual se realiza la transmisión; o
- Los funcionarios o empleados de órganos estatales como parte de sus deberes oficiales u ocupación.<sup>207</sup>

Todo lo anterior se traduce en uno de los mayores cambios que introduce la Ley TEACH respecto de la anterior excepción para la educación a distancia. El foco cambia desde el deber de recepción en aulas de clases o lugares similares dedicados a la instrucción, salvo el caso del funcionario público o el receptor impedido por circunstancias especiales, hasta el deber de asegurar la transmisión y la recepción a las personas a quienes se destina el curso impartido por redes digitales. Aunque el lenguaje legal parece restrictivo, la ampliación de posibilidades respecto de la anterior excepción es enorme.

Por lo demás, la historia de la ley muestra que esta obligación no constituye un requisito general de seguridad de redes, habida cuenta de la forma en que la ley se encarga de los aspectos tecnológicos en otros preceptos. La intención es requerir que solamente las personas autorizadas para la recepción sean identificadas, y que la transmisión sea tecnológicamente limitada para ellas a través de sistemas como códigos de ingreso u otras medidas.<sup>208</sup>

## 2.5 Medidas tecnológicas

El aspecto relativo a las medidas tecnológicas es uno de los puntos más característicos de la Ley TEACH, en razón de la especial regulación que ella da a los objetivos que deben procurar las instituciones educativas. Esto es así, puesto

---

<sup>207</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(C).

<sup>208</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 11.

que una incorrecta administración en línea de las obras protegidas puede llevar a la difusión de las mismas en desmedro de sus posibilidades de explotación económica.

En lo que podemos considerar un primer grupo de deberes de tipo tecnológico, la Ley TEACH ordena a las instituciones que realizan la transmisión:

- Limitar el acceso a las obras protegidas, en la medida tecnológicamente factible, a los estudiantes matriculados (lo que hemos ya revisado);<sup>209</sup>
- Aplicar medidas tecnológicas que razonablemente impidan la retención de las obras de manera accesible por los receptores por un período mayor a la sesión de clases;<sup>210</sup>
- Aplicar medidas tecnológicas que razonablemente impidan una ulterior difusión no autorizada de las obras de forma accesible de los receptores hacia otros, es decir, impedir la distribución de las obras;<sup>211</sup> y finalmente
- No incurrir en conductas que interfieran con las medidas tecnológicas adoptadas por los titulares de derechos para impedir dicha retención o difusión,<sup>212</sup> es decir, no realizar conductas de elusión de esas medidas.<sup>213</sup>

Un punto clave en estas obligaciones, es el lenguaje empleado por la ley, al referirse a la adopción de medidas que restrinjan acceso en la medida “tecnológicamente factible”, o impidan “razonablemente” ciertos actos, aunque no garantizando que ellos no ocurrirán. Se recoge así la virtual imposibilidad de certificar la absoluta efectividad de un sistema tecnológico de protección, quedando las instituciones libres de responsabilidad si, aun tras adoptar medidas

---

<sup>209</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(C).

<sup>210</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(D)(ii)(I)(aa).

<sup>211</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(D)(ii)(I)(bb).

<sup>212</sup> 17 U.S.C. § 110(2)(D)(ii)(II).

<sup>213</sup> Este requisito debe armonizarse con el listado periódico de excepciones establecidas administrativamente cada tres años, referidas a la elusión de medidas de protección conforme a lo reglado por la DMCA.

dentro de un umbral de razonabilidad, tales medidas fallan.<sup>214</sup> Del estándar de “prevención razonable” no debiera inferirse una eficacia perfecta en detener la retención o difusión posterior. La obligación de “prevenir razonablemente” contempla un estándar razonable desde un punto de vista objetivo, respecto de la capacidad de una medida de protección de alcanzar su objetivo.<sup>215</sup>

La Ley TEACH establece estos objetivos sin forzar tipos especiales de medidas tecnológicas de protección, flexibilidad necesaria si se considera que distintos sistemas tienen distintos costos, o que distintos materiales requieren diferentes resguardos tecnológicos. El informe sobre medidas tecnológicas de protección del Subsecretario de Comercio para la Propiedad Intelectual,<sup>216</sup> ordenado en la parte final de la Ley TEACH, identificaba varias “tecnologías básicas” para la protección de contenidos, incluyendo:

- la encriptación o cifrado, es decir, la conversión del contenido a un lenguaje indescifrable, accesible solamente si se cuenta con una clave;
- la filigrana digital (*digital watermarking*), esto es, la inclusión de información oculta en el contenido sobre origen y destino del mismo u otros datos (lo que se conoce como *metadatos*), permitiendo hacer un seguimiento del manejo del material transmitido;
- la autenticación, a través de un variado número de sistemas para la identificación de los sujetos transmisores y receptores, como los códigos de acceso (*passwords*) o números de identificación personal, verificación de la dirección IP de los participantes, tarjetas inteligentes, etc.; y

---

<sup>214</sup> Vd. AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, *Technological Requirements of the TEACH Act*, 2003. Disponible en: <<http://www.ala.org/ala/washoff/WOissues/copyrightb/distanced/teachdrm.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>215</sup> “Technologically Feasible or Technological Measures that Reasonably Prevent Retention and Further Dissemination”, *TEACH Act Glossary*, North Carolina State University Libraries. Disponible en: <<http://www.lib.ncsu.edu/scs/legislative/teachkit/glossary.html>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>216</sup> Vd. USPTO, *Technological Protection Systems for Digitized Copyrighted Works*, *op. cit.*

- los sistemas de gestión digital de derechos. El Informe analiza los conceptos de “computación confiable” y “modelos de derechos y lenguajes de expresión de derechos”, y analiza distintos tipos de arquitectura y sistemas de gestión digital de derechos.<sup>217</sup>

El Informe termina enumerando y describiendo diversas compañías de distinta naturaleza dedicadas al desarrollo y la oferta de sistemas tecnológicos de protección y gestión de derechos, reconociendo no obstante que se trata de un mercado de rápido recambio de participantes dada su novedad.

Lo importante es que en la adopción de cualquier sistema por el que la institución respectiva opte, la institución educacional no solamente ha de asegurar las restricciones de acceso al material transmitido, sino que se cumplan las barreras técnicas a la infracción de derechos de autor. La Ley TEACH requiere que las medidas sean aplicadas para impedir la ulterior difusión no autorizada del contenido protegido, y la retención de los materiales más allá de la “sesión de clases”, por lo que simplemente confiar en un sistema de administración de cursos (*course management system*, CMS) no es suficiente si éste no ofrece las herramientas técnicas adecuadas.

Es comprensible que la ley busque impedir que materiales protegidos por el derecho de autor puedan ser explotados ilícitamente gracias al acceso obtenido a partir de un curso en línea. No es igual de evidente que impedir la retención del material sea conveniente, toda vez que esa misma retención puede ser parte importante del proceso de aprendizaje. La necesidad de disponibilidad del material en “forma accesible” durante la “sesión de clases” exige la dilucidación de ambos conceptos.

---

<sup>217</sup> *Ídem*, pp. 7-10.

La expresión “sesión de clases” fue antes mencionada a propósito de las condiciones de utilización del material protegido. Según el Informe del Senado, la duración de una sesión de clases, en educación asincrónica, podría equivaler al período en que el estudiante esté registrado y en sesión activa (*logged*) en el servidor de la institución, realizando la exhibición o ejecución, pero puede variar según el diseño del curso y las necesidades del estudiante. La expresión legal pretende describir el equivalente a una sesión presencial de clases.<sup>218</sup> Conforme a esta interpretación, una copia de la obra no permanecería, razonablemente, en poder del receptor de forma tal que sustituyera su adquisición personal u otros usos distintos a los de la sesión particular de clases.

El material protegido puede mantenerse en los servidores de la institución transmisora por el período de duración de su uso en uno o más cursos. La referencia a la “forma accesible” implica que el acceso a las obras esté permitido solamente a los estudiantes, sistema de control de acceso mediante. Pero ese mismo acceso sigue sujeto, en su duración, al parámetro de la sesión de clases (o bien, de la sesión activa en el servidor), no siendo permitida la descarga del material educativo.<sup>219</sup> Aunque esto se ve como una fuerte limitación de las formas de presentación del contenido, y en consecuencia como una incomodidad contraria a las conocidas ventajas del *e-learning*, esta limitante adquiere sentido entendiendo a la Ley TEACH como una modernización tecnológica del balance ya alcanzado por la antigua regulación del derecho de autor y la educación a distancia (en rigor, lo recomendado por la Oficina de Derecho de Autor). La Ley TEACH tiene por fin la modificación de la ley para permitir almacenamiento en

---

<sup>218</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 12.

<sup>219</sup> Otras medidas tecnológicas útiles en este punto, son aquellas capaces de impedir las reproducciones automáticas del contenido mantenido en los servidores, como las realizadas automáticamente en la “indexación” por los motores de búsqueda de contenido en Internet.

servidores (no en computadores personales) para así permitir que exhibiciones y ejecuciones autorizadas por el Artículo 110(2) de la Ley de Derecho de Autor sean hechas asincrónicamente en cursos de educación a distancia,<sup>220</sup> mientras “otros usos educacionales, como la provisión de materiales complementarios o la descarga por estudiantes de materiales de un curso, contin[úan] sujetos a la doctrina del uso justo”.<sup>221</sup>

Además de los deberes de adopción de medidas tecnológicas de protección, existen otros deberes derivados de la autorización legal para ciertos usos relacionados con la transmisión realizada bajo la excepción, y la exclusión de responsabilidad bajo los mismos usos. La Ley TEACH permite:

- El almacenamiento temporal o transitorio del contenido protegido, llevado a cabo automáticamente a través del proceso técnico de una transmisión digital autorizada,<sup>222</sup> y
- La retención por las instituciones de copias de sus transmisiones digitales hechas conforme al Artículo 110(2).<sup>223</sup>

En ambos casos, la obligación que recae sobre las instituciones se traduce principalmente en tomar las medidas posibles para impedir el acceso a las copias producidas de material protegido en los equipos y redes que estén bajo su control.

La primera exclusión de responsabilidad implica el deber de que tal almacenamiento se restrinja a las necesidades técnicas del *e-learning*. La institución educacional que controla el sistema o red en que se produce el almacenamiento

---

<sup>220</sup> *Ídem*, p. 4.

<sup>221</sup> *USCO Report on copyright and digital distance education*, pp. 161-162.

<sup>222</sup> 17 U.S.C. § 110 *in fine*.

<sup>223</sup> 17 U.S.C. § 112(f)(1), introducido por la Ley TEACH de 2002, que regula tanto las grabaciones efímeras como las ya vistas posibilidades de digitalización para uso de obras bajo la excepción de la Ley TEACH.



temporal o transitorio, debe encargarse de que ese material no se mantenga allí de forma accesible a los receptores previstos por un período mayor que el razonablemente necesario para facilitar la transmisión. Es más, no puede almacenarse ni mantenerse el almacenamiento del contenido protegido en servidores donde puedan acceder a ellos personas distintas de los receptores previstos. La terminología es coherente con la introducida por la DMCA, que continúa regulando la responsabilidad de los proveedores de servicio, pero ello no afecta a las obligaciones de las instituciones al elegir material a ser utilizado en enseñanza y determina su uso y sus destinatarios como proveedor de contenido.<sup>224</sup>

Respecto de la segunda exclusión de responsabilidad, la Ley TEACH agregó una norma relativa a los usos bajo la Ley TEACH dentro de la regulación sobre las grabaciones efímeras, en el Artículo 112 de la Ley de Derecho de Autor. Las instituciones educativas pueden retener copias o fonogramas de obras, que contengan la ejecución o exhibición autorizada (es decir, copias de sus transmisiones digitales). Se reconoce que posiblemente será necesaria más de una grabación efímera para llevar a cabo las transmisiones digitales,<sup>225</sup> y la norma las autoriza, bajo ciertas condiciones: que las copias sean utilizadas solamente por la institución respectiva, que sean utilizadas solamente como parte de transmisiones autorizadas, y que no se produzcan más copias a partir de ellas (salvo las autorizadas por el Artículo 110(2)).

---

<sup>224</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 12.

<sup>225</sup> *Ídem*, p. 14.

### 3. La Ley TEACH y el impacto sobre el *e-learning*

#### 3.1 La inseguridad jurídica

Una crítica generalizada a la Ley TEACH es la larga lista de requisitos que deben cumplirse para acogerse a la excepción. Sabemos que ello es producto de los reparos de los proveedores de contenidos frente al uso de obras en un ambiente potencialmente inseguro, y las negociaciones previas a la Ley TEACH que abordaron las distintas preocupaciones de los diversos sectores. La Ley TEACH es un cuerpo legal complejo y lleno de obligaciones y requisitos de distinta naturaleza y radicados en distintos sujetos. Por otro lado, el lenguaje técnico de la ley está plagado de conceptos sin definición legal, y cuyos límites son todavía territorio desconocido, por no haber sido abordado el lenguaje de la Ley TEACH, hasta la fecha, en un tribunal de justicia.

Esto incide en el uso de la excepción desde un punto de vista práctico. La legalidad del uso bajo la Ley TEACH (es decir, sin licenciamiento y sin tratar de acogerse al *fair use*) exige incurrir en costos de implementación, tanto económicos como de otra índole, que podrían ser (y en algunos casos, así ha sido) de magnitud tal que logren disuadir del uso de obras protegidas en *e-learning* en ciertas instituciones.

Además de ese problema de costos, pero estrechamente relacionado con él, hay un aspecto más elemental que abordar: el lenguaje legal. La Ley TEACH es un texto de derecho estatutario redactado de manera tal que el lector lego en materias jurídicas podría llegar a las conclusiones incorrectas respecto de sus deberes, con la posible consecuencia de incursión en responsabilidad. Si comprendemos que la Ley TEACH rige en gran parte el actuar de educadores y estudiantes, no

necesariamente versados en el lenguaje legal, el riesgo de infracción se hace más tangible.<sup>226</sup> Tanto instructores como alumnos, en la práctica, malentienden y malinterpretan las leyes sobre derechos de autor y las disposiciones sobre uso justo, o aun peor, las disposiciones que determinan si una obra es parte del dominio público; luego, las violaciones al derecho de autor abundan hasta llegar a un punto crítico.<sup>227</sup> Este problema ha sido abordado a través de la creación por las instituciones educativas de guías de uso práctico o listas de comprobación (*checklists*), facilitando considerablemente la tarea de los educadores.

Sin embargo, la inseguridad sigue siendo, en muchas instituciones, un problema tal que a nivel académico disuade del uso de obras protegidas, y a nivel institucional impide la implementación de sistemas que descansen en la Ley TEACH.<sup>228</sup> Los problemas de la cantidad y variedad de requisitos, de la vaguedad conceptual y el lenguaje técnico legal, y del alcance de deberes y derechos, siguen manifestándose en los distintos aspectos del *e-learning* sobre los que incide la Ley TEACH, como veremos a continuación.

---

<sup>226</sup> HUTCHINSON, Kristine H., "The TEACH Act: Copyright Law and Distance Education", en: *New York University Law Review* Vol. 78, 2003, pp. 2231-2333.

<sup>227</sup> SOUTHWELL, Don, *Distance Education Technology and the Online Classroom. An Examination of Online Learning Technology and Its Contribution to Learning*, Eastern Michigan University, 2006, p. 45. Disponible en: <[http://www.delta.edu/donaldsouthwell/cot799\\_research.htm](http://www.delta.edu/donaldsouthwell/cot799_research.htm)> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>228</sup> *Vd.* los Comentarios de la Dra. Kimberly Kelley a la Oficina de Derecho de Autor, Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos (14 de marzo de 2007), disponible en: <<http://www.loc.gov/section108/docs/Kelley-UMUC.pdf>> [última consulta: 27 de marzo de 2008] ("La Ley TEACH, aunque bien intencionada, tiene numerosas condiciones que cumplir para el profesorado y las instituciones para beneficiarse de la excepción. Según las investigaciones del Centro para la Propiedad Intelectual de la UMUC, menos del 7,8% de los encuestados indicaron que sus instituciones buscaban cumplir con los requisitos de la Ley TEACH. Los resultados de la encuesta respaldan otros informes de que pocas instituciones están cumpliendo con los rigurosos requerimientos de la Ley TEACH."); CARNEVALE, Dan, "Slow Start for Long-Awaited Easing of Copyright Restriction", *The Chronicle of Higher Education*, 28 de marzo de 2003, disponible en: <<http://chronicle.com/free/v49/i29/29a02901.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

### 3.2 Limitantes sobre clases de obras y formas de uso

Hemos expuesto la difundida apreciación de que la Ley TEACH expande el número de obras que pueden ser utilizadas sin autorización previa en la educación a distancia por vía digital, extendiéndose ese conjunto virtualmente a cualquier obra protegida. Si bien esto es cierto, algunas clases reducidas de obras permanecen excluidas, mientras ciertos usos de algunos tipos de obras están sujetos a limitaciones cuantitativas,<sup>229</sup> como lo son los requisitos que acotan a porciones “razonables y limitadas” los usos de obras.

Descontando a las obras expresamente excluidas, y en atención a los muchos deberes que la Ley TEACH impone, podemos concluir que ella acoge como excepción solamente al uso de partes limitadas de obras que *pueden* ser usadas como ejecución o exhibición, y es más, solamente a aquellas que bajo los requisitos técnicos de la ley pueden ser transmitidas a través de tecnologías que no impliquen reproducción ni distribución, siendo el mejor ejemplo la presentación de obras en formato *streaming*. Es decir, a estas clases de obras se reducen las autorizadas por la ley, en razón de los requisitos técnicos de la ley que limitan *de facto* las clases de obras utilizables.<sup>230</sup>

Ello afecta al *e-learning* desde el punto de vista de sus necesidades, puesto que la posibilidad de utilización de una obra puede no ser igualada por su real utilidad en un contexto educativo. El material sonoro o audiovisual susceptible de envío en formato *streaming*, puede finalmente ser ignorado, por no ser necesariamente conveniente para el logro de fines educativos, por falta de relación directa (o al menos suficiente) con el contenido educativo del curso, o no ser de la

---

<sup>229</sup> CREWS, K.: *New Copyright Law for Distance Education*, *op. cit.*

<sup>230</sup> UOC-IN3, *Copyright and Digital Distance Education*, *op. cit.*, p. 273.

preferencia del docente encargado. Por cierto, con el tiempo los educadores posiblemente aprovecharán la excepción y se inclinarán por las obras que están cubiertas, sea por cambios de modelo docente o bien por estímulo institucional,<sup>231</sup> pero nada de ello niega que los requisitos de la ley fueron establecidos fuera de las necesidades y prácticas habituales del *e-learning*.

Asimismo, los requisitos que en el aspecto tecnológico la Ley TEACH impone, tienen un fuerte impacto en las formas y posibilidades de uso de tales materiales autorizados. La ley autoriza la accesibilidad del material solamente durante la sesión de clases, limitando la posibilidad de acceso a las obras más allá del tiempo necesario en la enseñanza, y limitando el acceso a los mismos materiales en los servidores y redes institucionales, necesarios para la realización del curso.

La intención de la excepción es cubrir un uso “construido sobre una visión de que la educación a distancia debiera ocurrir en entregas discretas, cada una dentro de un limitado período de tiempo, y con elementos integrados en un paquete cohesivo similar a una conferencia”, y [...] Esta ley no pretende permitir el registro visual (*scanning*) y la subida de obras completas o extensas, almacenadas en un sitio web, para que los estudiantes accedan a ellas durante el semestre, incluso si es para estudio privado en conexión con un curso formal”.<sup>232</sup> Es decir, el material debe ser subido según su necesidad, y retirado al avanzar al siguiente tema de cada curso, mientras los sitios web asociados no deben usarse como reservas estáticas de contenido, sino más bien deben actualizarse en conformidad al avance del curso.<sup>233</sup>

---

<sup>231</sup> HUTCHINSON, K., *op. cit.*, p. 2229-2231.

<sup>232</sup> CREWS, K.: *New Copyright Law for Distance Education*, *op. cit.*

<sup>233</sup> SOUTHWELL, D., *op. cit.*, p. 46.

No se cubre en la Ley TEACH a los materiales que el propio instructor quiera que los estudiantes estudien, lean, escuchen u observen fuera del tiempo de la clase virtual. Es decir, los requisitos que imponen la corta permanencia del material en las redes, relativiza o incluso niega parte de la ventaja de asincronía subyacente a la educación a distancia por redes digitales. Se intenta potenciar el logro de objetivos de *enseñanza*, descuidando el logro de objetivos de *aprendizaje*.

### 3.3 Bibliotecas, archivos y reservas

El logro de objetivos de aprendizaje requiere un estudio que va más allá de la aprehensión del contenido impartido en una clase. Por ello es de suma importancia, a primera vista, que el educando acceda a materiales didácticos fuera de la sesión de clases, función que históricamente ha sido llevada a cabo por las bibliotecas. En un nivel básico, “los bibliotecarios tienen una misión centrada en la administración y difusión de los recursos informativos. La educación a distancia es solamente otra forma de la misma búsqueda. Más pragmáticamente, la educación a distancia ha causado una mayor necesidad por servicios de reserva y préstamos interbibliotecarios con el fin de entregar información a los estudiantes en localidades dispersas. Además los bibliotecarios son a menudo los principales negociadores de licencias para bases de datos y otros materiales; aquellas licencias pueden otorgar o negar la oportunidad de permitir el acceso de los estudiantes ubicados en un campus o alrededor del mundo”.<sup>234</sup>

Sin embargo, la Ley TEACH dejó fuera de su campo de acción a las bibliotecas, aun cuando esa inclusión fue propuesta en la Cámara de Representantes<sup>235</sup>. Agregar a las bibliotecas y otras formas de reserva de material

---

<sup>234</sup> CREWS, K.: *New Copyright Law for Distance Education*, *op. cit.*

<sup>235</sup> H.R. 2100.

abriría un concepto mucho más amplio de educación a distancia que el subordinado a la idea de “clase”, incluyendo la búsqueda de aprendizaje del individuo en la colección de una biblioteca, algo propio de la naturaleza misma del aprendizaje a distancia.<sup>236</sup> Pero sabemos también que la Ley TEACH es, por una parte, producto de una negociación en la que propuestas como la presentada ante los Representantes enfrentaban fuerte oposición de las industrias proveedoras de contenido, y por otra parte, una mera actualización de “equilibrio” logrado en la excepción para la educación a distancia analógica, nunca dotada de la intención de ir más allá de los usos análogos a los del aula.<sup>237</sup>

Si bien la Ley TEACH desincentiva el almacenamiento de material, surge la pregunta si el almacenamiento de material electrónico en las bibliotecas puede ser considerado una extensión del escenario de clase en aula, cubierta por las excepciones legales. Aunque es aventurado pensar en esa posibilidad, las bibliotecas ya cubren en parte esa necesidad, a través de bases de datos, bien obtenidas bajo licencia o bien estatales y accesibles en bibliotecas. El acceso se restringe a estudiantes oficialmente reconocidos, investigadores y funcionarios, o se restringe el uso de ciertos ordenadores en las bibliotecas. La ley resuelve algunos aspectos más difíciles del *fair use* en el ambiente educativo digital, pero aumenta la carga de ambigüedad en bibliotecas respecto de su relación con la enseñanza por vías digitales.<sup>238</sup> La Ley TEACH es, en este sentido, una oportunidad perdida de regulación del *e-learning* que tomara en cuenta el papel de las bibliotecas, en un escenario en que aumenta la incertidumbre mientras aumenta la importancia del material en formato electrónico.

---

<sup>236</sup> CARNEY, D., *op. cit.*

<sup>237</sup> *Senate Report No. 107-31*, p. 10 (“La excepción amendada no tiene por fin abordar otros usos de obras protegidas en el curso de la educación digital a distancia, incluyendo el uso estudiantil de materiales complementarios o de investigación, tales como *course packs* electrónicos, *e-reserves*, y recursos bibliotecarios digitales. Tales actividades no involucran usos análogos a las ejecuciones y exhibiciones actualmente abordadas en el Artículo 110(2)”).

<sup>238</sup> SHULER, John A., *op. cit.*, p. 14.

Los usos bibliotecarios, por cierto, son actualmente objeto de estudios con miras a una posible reforma del Artículo 108 de la Ley de Derecho de Autor. La misma excepción que, desde la promulgación de la DMCA, permite a las bibliotecas la digitalización de ciertas obras bajo estrechos parámetros, otorgando a esta acción más caracteres de acto de preservación por las bibliotecas que de auxilio a su labor de servicio educativo.

### 3.4 Interés institucional y desempeño docente

La Ley TEACH transfiere la responsabilidad de hacer respetar los derechos de autor desde los titulares de derechos a las instituciones educativas. Para beneficiarse de la excepción, y disfrutar de los derechos de *fair use* que ya poseían (pero sobre cuya existencia ya no se duda), las instituciones deben asegurarse de implementar políticas sobre derecho de autor. Deben hacerse responsables por informar al profesorado y los estudiantes de los alcances de los derechos de autor, promoviendo un ambiente de cumplimiento de la ley. Pero no podemos ignorar que estas obligaciones significan en cierta medida, la promoción de los derechos exclusivos de las industrias proveedoras de contenido.

La selección de contenidos utilizables bajo la Ley TEACH puede injerir de manera importante en la enseñanza misma. Si bien el sistema de licencias es oneroso para las instituciones educativas, permite un alto nivel de seguridad respecto del uso de las obras licenciadas. Sin embargo, en el caso de la Ley TEACH, por instituir casos de utilización libre de obras protegidas, la falta de seguridad puede incidir en una variación en la adopción de políticas por parte de las instituciones, sobre las cuales se hace efectiva la responsabilidad por infracción a las normas sobre derechos de autor, en consideración a los mayores deberes



impuestos a las instituciones mismas, a que nos referimos en el párrafo anterior. La posible consecuencia de esto es que las entidades educacionales estarán motivadas a involucrarse de manera más celosa no solamente en la supervisión de los programas educacionales, sino también en la selección de material educativo. Esto, a su vez, puede llevar a conflictos en torno a la libertad académica, en la medida en que sean políticas institucionales las que interfieran con un proyectado uso de una obra protegida.<sup>239</sup>

El problema puede extenderse desde la planificación hasta el monitoreo de los usos por los estudiantes, con lo que a la vulneración de la libertad académica se sumaría la vulneración a la privacidad de los estudiantes. Es más, de todo lo anterior puede preverse una creciente centralización de la regulación de programas de educación a distancia, para conformar un estándar prescrito de una naturaleza específica, como parece querer instaurar la ley TEACH, cambiando los modelos educativos en lugar de asistirlos. Una comunicación fluida entre la administración institucional y el cuerpo académico en cada entidad, ayudaría enormemente a alejar esta clase de riesgos.

Otro problema salta a la luz. La supervisión del instructor, conforme al lenguaje de la ley, permitiría un rango de acción amplio -dentro de los parámetros legales- a los estudiantes que estén autorizados para la puesta a disposición de contenidos. Sin embargo, podría argüirse que el texto esconde una inconsistencia entre las posibilidades de los alumnos en un contexto de uso supervisado, y la responsabilidad en que ellos pueden incurrir por infracción a los derechos de autor, puesto que las normas sobre exclusión de responsabilidad se refieren

---

<sup>239</sup> CREWS, K.: *New Copyright Law for Distance Education*, *op. cit.*

solamente a la institución educativa,<sup>240</sup> sin quedar claro si ella es responsable, y hasta qué punto, por los actos realizados por estudiantes.<sup>241</sup>

### 3.5 La discriminación institucional

Un punto sensible de la Ley TEACH es el referido a las condiciones de elegibilidad de las instituciones para el uso de la excepción. La ley contiene un conjunto de requisitos que, como ya hemos visto, implican una serie de costos que solamente instituciones de cierta envergadura pueden asumir para llevar a cabo programas de educación a distancia por vías digitales que incluyan el uso de obras protegidas. Aun con las barreras de costos, la excepción se enfoca en la categoría y naturaleza del establecimiento educativo, y no de la misma forma en la actividad educacional en particular ni su propósito (como ocurre con la Directiva 2001/29/CE en la Unión Europea). La Ley TEACH exige que se trate de instituciones educacionales acreditadas sin fines de lucro.

Es decir, son dos condiciones que cumplir: tratarse de una institución sin fines de lucro, y cumplir con el proceso de acreditación. Este punto de la ley se presenta como una contradicción con los objetivos trazados antes de la discusión de la ley: la promoción de las actividades de enseñanza en línea. No son las instituciones educacionales sin fines de lucro, sino las comerciales, las que han crecido cuantitativamente de manera más intensa (y exitosa) en los últimos años, proveyendo cursos de distinta naturaleza, por ejemplo, para satisfacer demandas de instrucción en materias de interés sin el objetivo de alcanzar un grado, y de manera más importante, para la capacitación de trabajadores en todos los niveles.

---

<sup>240</sup> Conforme a la reforma introducida, las instituciones educativas no son susceptibles de responsabilidad "por infracción en razón del almacenamiento transitorio o temporal llevado a cabo a través del proceso técnico automático de una transmisión digital" dentro de los términos legales.

<sup>241</sup> UOC-IN3, *Copyright and Digital Distance Education, op. cit.*, p. 271.

Entendiéndose que la educación a distancia es de vital importancia para la comunidad, que el requisito de acreditación es suficiente para asegurar la calidad de la misma, y que hay salvaguardas suficientes en la ley para proteger los intereses de los proveedores de contenidos, el objetivo de promoción para el crecimiento cuantitativo y cualitativo del *e-learning* habría sido mejor logrado extendiendo la excepción a todas las instituciones acreditadas.<sup>242</sup> En su forma en vigor, la ley no alcanza a las instituciones mejor posicionadas para aprovecharla: universidades con fines de lucro acreditadas, que hoy dominan el campo de la educación a distancia. Esto tiene secuela en los costos de educarse en un mundo en que ello es cada vez más necesario.

### 3.6 El impacto sobre el *fair use*

Como hemos venido exponiendo, nada de lo dispuesto en la Ley TEACH tiene por fin limitar o alterar el alcance de la doctrina del uso justo.<sup>243</sup> “Específicamente, esta legislación es dictada reconociendo lo siguiente: a. la doctrina del uso justo es tecnológicamente neutra y se aplica a actividades en el entorno digital; y b, la ausencia de guías establecidas para cualquier forma particular de uso, no significa que el uso justo sea inaplicable”.<sup>244</sup>

Podemos interpretar que, contrario a una difundida opinión, la Ley TEACH no es en rigor una expansión de obras utilizables. No es cierto que antes de la Ley TEACH ni después de ella no se pudiera acudir al *fair use* en las aulas virtuales, sino que hay un rango de seguridad respecto de un reducido grupo de

---

<sup>242</sup> KEHOE, Brendan T., “The TEACH Act’s Eligibility Requirements: Good policy or a bad compromise?”, en: *Brooklyn Law Review*, Vol. 71 No. 2, 2005, pp. 1062-1063.

<sup>243</sup> *Senate Report No. 107-31*, pp. 14-15.

<sup>244</sup> *Ídem*, p. 15.

utilizaciones. Para aquellos usos que, dentro de los mismos propósitos educativos, van más allá de lo cubierto por las disposiciones de la ley, como es el caso del almacenaje de material protegido para investigación estudio personal, ese rango de seguridad es menos claro, pero no inexistente. El problema que presenta la Ley TEACH está relacionado con los requisitos tecnológicos, y es un problema que ya se dio en 1998 con la promulgación de la DMCA: la presencia de ciertas medidas tecnológicas de protección podría impedir usos susceptibles de calificarse como justos.<sup>245</sup> La tecnología que la ley ordena utilizar, puede convertirse en un obstáculo a la educación y al progreso, en lugar de serles de ayuda.

Sin embargo, esa posible traba particular al *fair use* no va en perjuicio de la relevancia que ha ganado como principio general, en razón de una cada vez más compleja regulación del derecho de autor. En otras palabras, ante un lenguaje legal restrictivo en las recientes reformas a los derechos de autor, “[u]n resultado irónico es que el uso justo –con toda su incertidumbre y flexibilidad– se vuelve de mayor importancia. De hecho, informes y estudios previos a los borradores y tramitación de la nueva ley [TEACH] han dejado claro que el uso justo sigue aplicándose a la digitalización, subida y transmisión de materiales protegidos por derecho de autor para la educación a distancia, incluso después de la promulgación de la Ley TEACH”.<sup>246</sup> Es un resultado que puede, en cierta medida, significar la reversión de la paradoja creada por una normativa que parece limitar los rangos de acción, en lugar de ampliarlos para estimular el *e-learning*.

---

<sup>245</sup> UOC-IN3, *Copyright and Digital Distance Education, op. cit.*, p. 267.

<sup>246</sup> CREWS, K.: *New Copyright Law for Distance Education, op. cit.*

### 3.7 Educación presencial versus *e-learning*

Hemos reparado en que el modelo de educación que parece alentar la Ley TEACH es uno que reproduce, a distancia y a través de redes digitales, el escenario de la clase-conferencia ingénito a la enseñanza presencial en su sentido más clásico.

Esa propuesta correspondencia guarda una distinción en el sistema de excepciones, desfavorable al *e-learning*. La utilización de obras protegidas en una clase presencial, en un aula física, cuenta con una amplia excepción en el Artículo 110(1), mientras el uso de una obra en el aula virtual está sujeto a un alto número de requisitos de cumplimiento previo y posterior en el Artículo 110(2). “[U]n educador puede exhibir o ejecutar cualquier obra relacionada con el currículo, sin importar el medio, de forma presencial en el aula de clases: imágenes fijas, música de todo tipo, incluso filmes. No existen límites y no se requiere permiso”,<sup>247</sup> salvo asegurarse de la licitud del ejemplar exhibido o ejecutado. “Bajo el Artículo 110(2), sin embargo, incluso si se revisa y expande, el mismo educador tendrá que ir reduciendo algunos de esos materiales para exhibirlos a estudiantes a distancia”,<sup>248</sup> necesitando la revisión del cumplimiento de sobre una decena de requisitos. Lo que involucra una decisión simple en el aula tradicional, en el *e-learning* ha sido suplantado por un proceso que termina convenciendo a los educadores razonables de prescindir del uso de obras protegidas en contextos significativos de educación a distancia.

---

<sup>247</sup> HARPER, Georgia, *The TEACH Act Finally Becomes Law*, The University of Texas System, 2002 [en línea]. Disponible en: <<http://www.utsystem.edu/OGC/IntellectualProperty/teachact.htm>> [última consulta: 27 de marzo de 2008].

<sup>248</sup> *Ídem*.

Con esto, un programa de educación en línea de una universidad acreditada que, como ejemplo, conduzca a la obtención de determinado grado y sea publicitado como equivalente al programa de educación presencial con igual objetivo, podría con el tiempo demostrar ser solamente una copia inferior del mismo, al no poder asegurar en clases ciertos usos que en el programa presencial eran clave. Es decir, el curso a distancia no es igual al curso presencial,<sup>249</sup> y extendiendo el ejemplo a cientos de cursos distintos, el incentivo de la magnitud cualitativa de cada curso no estaría puesto en el programa a distancia. La Ley TEACH ha creado un sistema de dos niveles en que el *fair use* codificado se aplica presumiblemente a las aulas físicas, mientras un conjunto de reglas completamente distinto y altamente complejo rige en la enseñanza que involucre transmisión a distancia de manera significativa.

### 3.8 Otras cuestiones

La Ley TEACH deja sin respuesta clara o única a una serie de interrogantes, distintas de las ya expuestas. Queda por resolverse la relación de la Ley TEACH con otras leyes en los Estados Unidos, como la DMCA y sus rígidas disposiciones relativas al uso en redes digitales y la elusión de dispositivos electrónicos de protección de derechos de autor, bajo el prisma del *fair use*. Se trata de una materia en la que la intervención judicial puede llegar a resolver varias dudas de aplicación, aunque probablemente no sin sembrar otras.

Otro tema a considerar tiene que ver con la existencia misma de un texto legal tan característico, dentro del contexto internacional. Por un lado, está el aspecto normativo, por cuanto la Ley TEACH es otro ejemplo de las nuevas regulaciones de las últimas dos décadas que acentúan la falta de armonización a

---

<sup>249</sup> KEHOE, B., *op. cit.*, pp. 1-2.

nivel internacional de las normas sobre derechos de autor y conexos en el entorno digital. Entorno que, a diferencia de las leyes nacionales, desconoce fronteras. Aspectos tales como las infracciones a los derechos exclusivos y las responsabilidades internacionales podrían ser objeto de soluciones radicalmente distintas.

Por otro lado, y estrechamente relacionado con lo anterior, está el aspecto práctico. La Ley TEACH no ha de considerarse tan solamente como un instrumento que discrimine entre instituciones favorecidas o desfavorecidas dentro de los Estados Unidos, toda vez que el *e-learning* mismo tiende a extenderse alrededor del mundo entero. Es decir, el impacto de la Ley TEACH puede sentirse en cualquier latitud por quien pretenda formar parte de un proceso de instrucción a distancia con alguna institución acreditada estadounidense, como también por quien dentro de los Estados Unidos pondere la posibilidad de matricularse en una institución extranjera. La competencia institucional puede bien favorecer a las entidades educacionales norteamericanas en que la ley esté implementada frente a las universidades locales que no puedan acogerse a una excepción similar (o que reflejen en mayores precios los costos del licenciamiento), como puede también desfavorecerlas frente a las instituciones localizadas en territorios en que las excepciones a las que pueden acogerse son considerablemente mayores. En definitiva, hay toda una situación práctica de competencia entre casas de estudio sobre la que la Ley TEACH incide.

Por cierto, sobre estos últimos aspectos, es el tiempo el que dará mejores respuestas en relación a cuán real es el impacto en el avance y desarrollo mismo de la industria del *e-learning*. Aunque resulta difícil presagiar que se producirían cambios significativos en función de una ley de tan acotado rango de cobertura como lo es la Ley TEACH, solamente una nueva evaluación con la perspectiva que

da una mayor distancia temporal dará luces suficientes sobre el verdadero cambio introducido.



## CONCLUSIONES

Encontrar un equilibrio satisfactorio entre los intereses de los autores y titulares de derechos de autor y los intereses de la comunidad es una tarea sumamente compleja. Exige intentar la elucidación de los puntos en que tales intereses confluyen, complementándose o enfrentándose, para dar soluciones que respeten y respondan a los mismos.

En el campo de las creaciones intelectuales, la disciplina jurídica de la rama de la propiedad intelectual que es el derecho de autor, ha permitido la elaboración de una doctrina que ha justificado las necesidades de protección de los intereses de los autores y otros titulares de derechos de autor y de derechos conexos en la necesidad de estímulo a la creación y a la creatividad, que finalmente se traducen en beneficio para la comunidad, por un aumento en los bienes culturales disponibles, y por un consecuencial enriquecimiento en la cultura de la sociedad toda.

En los mismos intereses colectivos, que han exigido usos de las obras protegidas en ciertos contextos como el educativo o el informativo, se han justificado los límites impuestos a la protección a título de derechos de autor. El traspaso de las obras hacia el patrimonio cultural común después de cierto tiempo, y las hipótesis de casos calificados en que se puede prescindir de la autorización de uso de una obra al titular de los derechos exclusivos sobre ella, son las formas en que el derecho ha respondido a la exigencia de equilibrio entre los diferentes intereses en juego.

A medida que la tecnología ha ido avanzando, han ido apareciendo nuevas y variadas formas de crear y de utilizar las obras intelectuales. Hemos hecho hincapié en la estrecha relación entre avance tecnológico y derechos de autor, constatando las sucesivas modificaciones legales y la adopción de nuevas reglas internacionales que han respondido a esta necesidad, haciendo explícitos los derechos exclusivos sobre las nuevas formas de explotación y –en algunos casos– la forma de hacer valer sus intereses sobre ellas, y estableciendo nuevas excepciones y limitaciones allí donde parece necesario.

Sin embargo, y como hemos visto, el impacto de la tecnología se ha presentado de manera particularmente intensa en las actividades educativas. Un mundo en que el mercado ha adquirido niveles casi inverosímiles de complejidad y competitividad, ha creado necesidades de educación de mayor alcance y mayor flexibilidad, que la tecnología ha ayudado a suplir. El *e-learning* es, como hemos visto, una manera más que adecuada de responder a esas necesidades educativas. Aunque se trata de una actividad en pleno crecimiento, su capacidad puede todavía aumentar cuantitativa y cualitativamente. Esto último requiere un esfuerzo normativo que permita mantener cierta amplitud en las posibilidades de instrucción.

Esto complica el escenario general del derecho de autor, si advertimos que la utilización de obras protegidas ha sido tradicionalmente parte de la ilustración de la enseñanza, y por lo mismo, un propósito que ha justificado la limitación a los derechos exclusivos en los usos educativos. En cambio, los riesgos de pérdidas de oportunidades de explotación, inherentes al desarrollo y masificación de Internet, han llevado a regular el derecho de autor de manera más estricta para el entorno digital, limitando la acción de los usuarios que aprovechan las obras en constante

vulneración de los intereses de autores y otros titulares de derechos de autor y conexos.

Lo que ocurre es que el crecimiento de Internet produjo en la legislatura a nivel mundial un creciente movimiento para revisar, restringir y refinar la ley sobre derecho de autor. Tendencia que se ve acentuada en los Estados Unidos, donde la industria de los proveedores de contenido constituye una fuerza económica de enormes proporciones, y de gran capacidad de influencia en las decisiones políticas, en aprovechamiento de principios de defensa de la creación para hacer valer intereses corporativos. Pero estas modificaciones no han servido al futuro de la actividad académica, ni a la preservación de las colecciones de obras intelectuales.

Nos preguntábamos, al comenzar esta obra, si una regulación como la introducida por la Ley TEACH resultaba conveniente para el logro de objetivos diversos como la satisfacción de intereses de titulares de derechos, académicos y estudiantes, estimulando a su vez el crecimiento de la enseñanza en línea. Y la cuestión no es menor, si tomamos en cuenta que nuestro país está en una encrucijada, en que una modificación a la legislación sobre propiedad intelectual es inminente, y puede incidir sobre los usos de Internet en la enseñanza a distancia. El sistema chileno de excepciones es actualmente hostil no solamente con el *e-learning*, sino en general con un gran número de posibles utilidades que nada tienen que ver con el ánimo de lucro o de perjuicio para los intereses de los autores ni de otros titulares de derechos.

A esa pregunta fundamental, si la Ley TEACH constituye un modelo a seguir, las conclusiones que hemos planteado al estudio realizado nos obligan a dar una respuesta negativa, aunque con ciertas salvedades. Una de ellas es que

países como el nuestro carecen de un sistema de *fair use*, o al menos de una cláusula general de excepción a los derechos exclusivos bajo parámetros tales como la regla de los tres pasos. Por otro lado, no podemos desconocer la magnitud del esfuerzo realizado por quienes se encargaron de la redacción de la Ley TEACH, en su intento por obtener un consenso que resultara satisfactorio a tan distintos grupos interesados. Pero el resultado obtenido nos parece en exceso restrictivo como para pretender reflejar necesidades de incidencia en el desarrollo mismo de la sociedad.

El reducido alcance de la Ley TEACH no logra ofrecer un tratamiento omnicomprendivo de la educación a distancia por vía digital y sus necesidades. Un área en pleno desarrollo no puede ver coartado su crecimiento ni la mejoría de su nivel tecnológico por restricciones tan fuertes y específicas que encarecen tanto el desarrollo de la actividad. Se trata de excepciones muy limitadas en su alcance, como producto de la transigencia con grupos de interés económico ante los que se cedió, en contraposición a otros intereses representados en su dimensión de industria de enseñanza, en desmedro de la consideración de intereses de la sociedad que pueden ser más generales, pero también más vagos.

Entonces, nuestra respuesta continúa siendo negativa. Lo cierto es que la Ley TEACH es solamente otra ley en una seguidilla de textos legales que, desde la irrupción de Internet en la cultura masiva, han ido transformando la legislación sobre derecho de autor, consolidando el poder de los titulares de los derechos de autor, a expensas del acceso público y de la actividad educacional. La incertidumbre del *fair use* en el cual podría confiarse solamente crece con cada cuerpo normativo que codifica usos justificados, puesto que esas nuevas permisiones son tan acotadas en alcance, que cuesta creer que usos menos reducidos puedan considerarse como autorizados. Sin reducir un ápice el

potencial alcance del *fair use*, la Ley TEACH ha logrado desincentivar (aun más) acogerse a sus principios.

Con justificable desazón, un autor comenta: “Sí, la Ley TEACH fue ampliamente apoyada por grupos de lobby de bibliotecas, académicos e intereses privados. Sí, los sitios *web*, los testimonios frente al Congreso, y la literatura profesional consideran el equilibrio logrado en la legislación como merecedor del sacrificio de ceder una buena porción de la ambigüedad (y según dirían algunos, de la libertad) de la antigua legislación. Pero, acaso hemos ganado la fuerza de acuerdos institucionales al costo de derechos individuales de leer y tomar parte de un mayor intercambio nacional de información. [...] ¿Hemos limitado la capacidad de expansión de Internet, así como su potencial de ser una herramienta de educación masiva, para fortalecer aun más intereses de la economía de la información que ya gozan de un grado considerable de protección por parte del Estado?”<sup>250</sup>

En definitiva, nuestro país tiene hoy la oportunidad de asumir la tarea de alcanzar un mejor equilibrio entre los intereses de los titulares de derechos de autor, que responda a una realidad actual y futura. Hemos recibido nuestras lecciones desde el extranjero: en la Unión Europea, la posibilidad de cambios positivos se creó, pero la oportunidad ha sido desaprovechada a nivel de legislaciones nacionales. La Ley TEACH, por su parte, demuestra una voluntad de abordar de manera frontal la enseñanza en línea, pero se ha mostrado como una de las más importantes lecciones: es un paso necesario, pero en una dirección un tanto desacertada.

---

<sup>250</sup> SHULER, John A., *op. cit.*, p 14.

## BIBLIOGRAFÍA

### Obras generales

- 1) AMERICAN LIBRARY ASSOCIATION, *Technological Requirements of the TEACH Act*, 2003. Disponible en: <<http://www.ala.org/ala/washoff/WOissues/copyrightb/distanced/teachdrm.pdf>>.
- 2) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *El Acuerdo sobre los ADPIC y los Tratados de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA/WCT) y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (TOIEF/WPPT)*, en el XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/1, del 26 de octubre de 2005.
- 3) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *El nuevo régimen de Derecho de Autor en Venezuela*. Venezuela, Autoralex, 1994.
- 4) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Las Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor y los Derechos Conexos en el Entorno Digital* en el XI Curso Académico Regional OMPI/SGAE sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para Países de América Latina, Documento OMPI-SGAE/DA/ASU/05/2, del 26 de octubre de 2005.
- 5) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Las obras literarias y artísticas como objeto del derecho de autor y su relación con las prestaciones protegidas por los derechos conexos*. Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/10 del 11 de agosto de 2000.

- 6) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Manual para la enseñanza virtual del derecho de autor y los derechos conexos*. Santo Domingo, 2001. Tomo I.
- 7) ANTEQUERA PARILLI, Ricardo. *Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y Derechos Conexos*, en el Séptimo curso académico regional de la OMPI sobre derecho de autor y derechos conexos para países de América Latina, Documento OMPI-SGAE/DA/COS/00/3 del 11 de agosto de 2000.
- 8) BAIN, Malcolm; GALLEGO RODRÍGUEZ, Manuel; MARTÍNEZ RIBAS, Manuel; y RIUS SANJUÁN, Judit. *Aspectos legales y de explotación del software libre*. Barcelona, UOC, 2004.
- 9) BATTRO, Antonio M. y DENHAM, Percival J., *La Educación Digital*. Buenos Aires, Emecé, 1997. Disponible como documento electrónico en: <<http://www.byd.com.ar/edwww.htm>>.
- 10) BRENES ESPINOZA, Fernando, *Principios y Fundamentos para una teoría de la Educación a Distancia* [en línea]. Disponible en: <[http://www.csuca.edu.gt/Sistemas/SICAR/sep\\_files/aplicacion\\_alumnos/contenidos/2\\_model13.htm](http://www.csuca.edu.gt/Sistemas/SICAR/sep_files/aplicacion_alumnos/contenidos/2_model13.htm)>.
- 11) BURGOS, José, "Hacia un modelo de quinta generación en educación a distancia: una visión con perspectiva global" [en línea]. Disponible en: <[http://www.ateneonline.net/datos/15\\_03\\_Burgos\\_Vladimir.pdf](http://www.ateneonline.net/datos/15_03_Burgos_Vladimir.pdf)>.
- 12) CANALES NETTLE, Patricia, *El Derecho de Autor y la Aplicación de los Tratados de la OMPI en la Directiva de la Unión Europea y en la Legislación de Estados Unidos, Australia y Japón*. En: Serie de Estudios, Biblioteca del Congreso

Nacional, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Año XIV, N° 294. Santiago, junio de 2004.

- 13) CARNEVALE, Dan, "Slow Start for Long-Awaited Easing of Copyright Restriction", *The Chronicle of Higher Education*, 28 de marzo de 2003, disponible en: <<http://chronicle.com/free/v49/i29/29a02901.htm>>.
- 14) CARNEY, David, *Congress Addresses Distance Learning Via the Internet*, 2001. Disponible en: <<http://www.llrx.com/features/distance.htm>>.
- 15) CREWS, Kenneth D.: *New Copyright Law for Distance Education: The Meaning and Importance of the TEACH Act* [en línea]. Disponible en: <<http://www.ala.org/ala/washoff/woissues/copyrightb/distanceed/distanceeducation.cfm>>.
- 16) CREWS, Kenneth, "The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines". En: *Ohio State Law Journal* vol. 62, 2001, pp. 614-625.
- 17) COMER, Douglas, *El Libro de Internet*, segunda edición. México, Prentice-Hall, 1998.
- 18) CUADRADO MARÍN, José, *Glosario de Internet* [en línea]. Disponible en: <<http://www.uco.es/ccg/glosario/glosario.html>>.
- 19) CUNARD, Jeffrey; HILL, Keith; y BARLAS, Chris. *Evolución Reciente en el Campo de la Gestión de los Derechos Digitales*. Documento OMPI/SCCR/10/2/2003, del 4 de mayo de 2004.



- 20) DHANARAJAN, Gajaraj, "Distance education: promise, performance and potential", en *Open Learning vol. 16 no. 1* (2001), pp. 61-68.
- 21) DE MIGUEL ASENSIO, Pedro, A., *Derecho Privado de Internet*. 2ª edición actualizada. Madrid, Civitas, 2001.
- 22) DURKHEIM, Emile, *Educación y Sociología*. México, Colofón, 1989.
- 23) ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION: "Las Consecuencias No Deseadas: Cinco Años Bajo la Digital Millennium Copyright Act". En: *Revista Chilena de Derecho Informático N° 4*, Mayo de 2004, pp. 17-35. Disponible en: <[http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der\\_informatico\\_completo/0,1492,SCID%253D15730%2526ISID%253D567,00.html](http://www.derechoinformatico.uchile.cl/CDA/der_informatico_completo/0,1492,SCID%253D15730%2526ISID%253D567,00.html)>.
- 24) FAURE, Edgar et al., *Aprender a Ser. La educación del futuro* (versión española de Carmen Paredes de Castro). Madrid, UNESCO/ Alianza Editorial, 1973.
- 25) FELTRERO OREJA, Roberto. *El Software Libre y la Producción y Socialización del Conocimiento en la Red: El Problema de la Propiedad Intelectual* [en línea]. Módulo "Valores y ética en la sociedad informacional". Master en Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación, UNED, 2003. Disponible en: <<http://www.uned.es/ntedu/espanol/master/segundo/modulos/valores-y-etica/SocializacionCono.PDF>>.
- 26) FUMERO, Antonio, y ROCA, Genís *Web 2.0*. España, Fundación Orange, 2007. Disponible como documento electrónico en: <[http://www.oei.es/salactsi/WEB\\_DEF\\_COMPLETO2.pdf](http://www.oei.es/salactsi/WEB_DEF_COMPLETO2.pdf)>

- 27) GARCÍA ARETIO, Lorenzo, "Hacia una definición de educación a distancia". En: *Boletín Informativo de la Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia*, año 4, N° 18, abril de 1987. España, UNED, 1987.
- 28) GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, *El Derecho de Autor en Internet: Los Tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho Español de la Directiva 2001/29/CE*, segunda edición. Granada, Comares, 2003.
- 29) GASAWAY, Laura N., "Distance learning and copyright: Is a solution in sight?" En: *CAUSE/EFFECT*, Vol. 22, No. 3, 1999. Disponible en: <<http://www.educause.edu/ir/library/html/cem/cem99/cem9932.html>>
- 30) GEIGER, Christophe, "El Papel del Test de las Tres Etapas en la Adaptación del Derecho de Autor a la Sociedad de la Información". *Boletín de Derecho de Autor*, enero-marzo 2007, UNESCO.
- 31) GONZÁLEZ, Agustín, "1987-2003: ¿Hacia una convergencia internacional?". En: *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* N° 1, UOC, 2005. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/gonzalez.pdf>>.
- 32) GOÑI, Juan José, "Del E-Learning a la formación 'Just-in-Time'" [en línea]. Disponible en: <<http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=1158>>.
- 33) GUIBAULT, Lucie, "Naturaleza y alcance de las limitaciones y excepciones al derecho de autor y los derechos conexos en relación con las misiones de interés general de la transmisión del conocimiento: sus perspectivas de

adaptación al entorno digital”. *Boletín de Derecho de Autor, octubre-diciembre 2003*, UNESCO.

- 34) GUIBAULT, Lucie; WESTKAMP, Guido; RIEBER-MOHN, Thomas.; HUGENHOLTZ, P.Bernt. (et al.), *Study on the Implementation and Effect in Member States' Laws of Directive 2001/29/EC on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society*. Informe a la Comisión Europea, Dirección General de Mercado Interior y Servicios, Febrero de 2007. Disponible en: <[http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc\\_report\\_2007.pdf](http://www.ivir.nl/publications/guibault/Infosoc_report_2007.pdf)>.
- 35) HARPER, Georgia, *The TEACH Act Finally Becomes Law*, The University of Texas System, 2002 [en línea]. Disponible en: <<http://www.utsystem.edu/OGC/IntellectualProperty/teachact.htm>>.
- 36) HERRERA SIERPE, Dina, *Propiedad intelectual, derechos de autor: Ley no. 17.336 y sus modificaciones*. 2ª edición actualizada. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- 37) HUGHES, Kevin. *Entering the World-Wide Web: A Guide to Cyberspace* [en línea]. Disponible en: <<http://www.kevcom.com/words/guide/guide.toc.html>>.
- 38) HUTCHINSON, Kristine H., “The TEACH Act: Copyright Law and Distance Education”, en: *New York University Law Review* Vol. 78, 2003, pp. 2204-2240.
- 39) JIMÉNEZ DEL CASTILLO, Juan, “Redefinición del Analfabetismo: El Analfabetismo Funcional”. En: *Revista de Educación*, N° 338 (Septiembre/Diciembre 2005), España, pp. 273-294.

- 40) KEHOE, Brendan T., "The TEACH Act's Eligibility Requirements: Good policy or a bad compromise?", en: *Brooklyn Law Review*, Vol. 71 No. 2, 2005, pp. 1062-1063.
- 41) LEAFFER, Marshall, "The Uncertain Future of Fair Use in a Global Information Marketplace", en: *Ohio State Law Journal* 62 (2), 2000, p. 849-67.
- 42) LEHMAN, Bruce A., *The Conference on Fair Use: Final report to the commissioner on the conclusion of the Conference on Fair Use*, 1998.
- 43) LEINER, Barry; CERF, Vinton; CLARK, David; KAHN, Robert; KLEINROCK, Leonard; LYNCH, Daniel; POSTEL, Jon; ROBERTS, Lawrence; y WOLFF, Stephen, *A Brief History of the Internet* [en línea]. Disponible en: <<http://www.isoc.org/internet/history/brief.shtml>>.
- 44) LEIVA NEUENSCHWANDER, Pedro Ignacio. "Educación para la Democracia: Recuento de Experiencias Internacionales". En: *Revista de Estudios Pedagógicos* N° 25, Valdivia, 1999, pp. 91-112.
- 45) LEPAGE, Anne, "Panorama general de las excepciones y limitaciones al derecho de autor en el entorno digital". *Boletín de Derecho de Autor*, enero-marzo 2003, UNESCO.
- 46) LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad* (traducción de Antonio Córdoba y Daniel Álvarez). Santiago, LOM, 2005.

- 47) LIPSZYC, Delia, *Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 1993.
- 48) LIPSZYC, Delia, *Nuevos Temas de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Buenos Aires, UNESCO / CERLALC / Zavalía, 2004.
- 49) MALMIERCA, Marta; MARTÍN-PRAT, María; RAMÍREZ, Javier; y XALABARDER, Raquel, "La copia privada digital. Mesa redonda". En: *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*. N° 1. UOC, 2005. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/idp/1/dt/esp/mesaredonda02.pdf>>
- 50) NEGROPONTE, Nicholas, *Being Digital*. Edición en español: *El mundo digital. El futuro ha llegado*. Barcelona, Ediciones B, 1999.
- 51) NORTH CAROLINA STATE UNIVERSITY LIBRARIES, *TEACH Act Glossary* [en línea]. Disponible en: <<http://www.lib.ncsu.edu/scc/legislative/teachkit/glossary.html>>.
- 52) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *Guía del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Acta de París, 1971)*. Ginebra, 1978.
- 53) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *La Protección Internacional del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos*. Documento OMPI/DA/ANG/99/5, del 1 de julio de 1999, preparado por la Oficina Internacional de la OMPI.

- 54) ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL, *WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use*. Publicación N° 489, segunda edición. Ginebra, 2004.
- 55) RAMA, Claudio, "Un nuevo escenario en la educación superior en América Latina: la educación virtual". En: *La Educación Superior Virtual en América Latina y el Caribe*. México DF, IESALC-UNESCO, 2004, pp. 39-51.
- 56) RODRÍGUEZ MORENO, Sofía, *La era digital y las excepciones y limitaciones al derecho de autor*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- 57) RICKETSON, Sam, *Estudio sobre las limitaciones y excepciones relativas al derecho de autor y a los derechos conexos en el entorno digital*. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, Comité Permanente de Derechos de Autor y Derechos Conexos, Novena sesión, Ginebra, 23 a 27 de junio de 2003, documento SSCR/9/7.
- 58) SAMMONS, Morris, "Exploring the New Conception of Teaching and Learning in Distance Education". En: MOORE, M. G. y ANDERSON, W. G. (editores), *Handbook of Distance Education*. New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, 2003, pp. 387-400.
- 59) SATANOWSKY, Isidro, *Derecho Intelectual*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1954.
- 60) SHULER, John A., "Distance Education, Copyrights Rights, and the New TEACH Act". En: *International Federation of Library Associations & Institutions: IFLA Set Bulletin*, July 2003.

- 61) SIMMONS, J. R., "Distance Learning: Education or Economics?", en *International Journal of Value-Based Management*, no. 16. Holanda, Kluwer Academic Publishers, 2001, pp. 157-169.
- 62) SKAALID, Bonnie, *Hypermedia Basics* [en línea]. Disponible en: <<http://www.usask.ca/education/coursework/skaalid/site/hypertext.htm>>
- 63) SOUTHWELL, Don, *Distance Education Technology and the Online Classroom. An Examination of Online Learning Technology and Its Contribution to Learning*, Eastern Michigan University, 2006. Disponible en: <[http://www.delta.edu/donaldsouthwell/cot799\\_research.htm](http://www.delta.edu/donaldsouthwell/cot799_research.htm)>.
- 64) SPURGEON, C. Paul, "¿Autorizar o limitar? Utilización en línea con fines educativos: alternativas para preservar los derechos exclusivos de los titulares del derecho de autor." *Boletín de Derecho de Autor*, julio 2003, UNESCO.
- 65) STANFORD UNIVERSITY LIBRARIES AND ACADEMIC INFORMATION RESOURCES, *Copyright & Fair Use Overview* [en línea]. Disponible en: <[http://fairuse.stanford.edu/Copyright\\_and\\_Fair\\_Use\\_Overview/index.html](http://fairuse.stanford.edu/Copyright_and_Fair_Use_Overview/index.html)>.
- 66) STEWART, William, *Living Internet* [en línea]. Disponible en: <<http://www.livinginternet.com>>.
- 67) TOMASEVSKI, Katarina, *Manual on Rights-based Education: Global Human Rights Requirements Made Simple*. Bangkok, UNESCO, 2004.

- 68) TURBAY, Catalina, *El Derecho a la Educación: Desde el marco de la protección integral de los derechos de la niñez y de la política educativa*. Bogotá, UNICEF, 2000.
- 69) UNESCO, *Open and Distance Learning: trends, policy and strategy consideration*. París, UNESCO, 2002.
- 70) UNESCO, *World Education Report 2000 - The right to education: towards education for all throughout life*. UNESCO, 2000.
- 71) UNIVERSITY OF TEXAS, CONFU [en línea]. Disponible en: <<http://www.utsystem.edu/ogc/intellectualproperty/confu2.htm>>.
- 72) UNIVERSITY OF TEXAS, CONFU: *The Conference on Fair Use* [en línea]. Disponible en: <<http://www.utsystem.edu/ogc/Intellectualproperty/confu.htm>>.
- 73) UOC-IN3, *Copyright and Digital Distance Education* [directora de proyecto: Raquel XALABARDER]. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/in3/dt/eng/20418/Questionnaires.pdf>>.
- 74) U.S. COPYRIGHT OFFICE, *Report on Copyright and Digital Distance Education*, 1999.
- 75) U.S. PATENT AND TRADEMARK OFFICE, *Technological Protection Systems for Digitized Copyrighted Works: A Report to Congress*. Disponible en: <<http://www.uspto.gov/web/offices/dcom/olia/teachreport.pdf>>.



- 76) U.S. SENATE COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Report on the Technology, Education and Copyright Harmonization Act of 2001*, No. 107-31.
- 77) VICTORIA, Neyber, "Esfuerzos multidisciplinares para la creación de un Aula Virtual". Ponencia en el *Primer Taller Mesoamericano y del Caribe de Biblioteca Digital y de Educación a Distancia*. México, 2002.
- 78) VON LEWINSKI, Silke, "Algunos problemas jurídicos relacionados con la puesta a disposición a través de las redes digitales de obras artísticas y literarias así como de otros objetos". *Boletín de Derecho de Autor*, enero-marzo de 2005, UNESCO.
- 79) XALABARDER, Raquel, "Las licencias Creative Commons: ¿una alternativa al copyright?". En: *UOC Papers* N° 2 [en línea]. UOC, marzo 2006. Disponible en: <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/esp/xalabarder.pdf>>

## Textos legales

- 1) Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.
- 2) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948.
- 3) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.
- 4) Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.
- 5) Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, Acta de París de 1971.
- 6) Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1996.
- 7) Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996.
- 8) Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas de 1996.
- 9) Constitución Política de la República de Chile.
- 10) Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual.
- 11) Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.

- 12) Copyright Act de 1976 (United States Code, Title 17), de los Estados Unidos de América.
- 13) Digital Millennium Copyright Act de 1998, de los Estados Unidos de América.
- 14) Technology, Education and Copyright Harmonization Act de 2002, de los Estados Unidos de América.

## APÉNDICE

### 1. Texto original de la Ley TEACH de 2002

#### SECTION 1. EDUCATIONAL USE COPYRIGHT EXEMPTION.

(a) SHORT TITLE.—This Act may be cited as the “Technology, Education, and Copyright Harmonization Act of 2001”.

(b) EXEMPTION OF CERTAIN PERFORMANCES AND DISPLAYS FOR EDUCATIONAL USES.—Section 110 of title 17, United States Code, is amended—

(1) by striking paragraph (2) and inserting the following:

“(2) except with respect to a work produced or marketed primarily for performance or display as part of mediated instructional activities transmitted via digital networks, or a performance or display that is given by means of a copy or phonorecord that is not lawfully made and acquired under this title, and the transmitting government body or accredited nonprofit educational institution knew or had reason to believe was not lawfully made and acquired, the performance of a nondramatic literary or musical work or reasonable and limited portions of any other work, or display of a work in an amount comparable to that which is typically displayed in the course of a live classroom session, by or in the course of a transmission, if—

“(A) the performance or display is made by, at the direction of, or under the actual supervision of an instructor as an integral part of a class session offered as a regular part of the systematic mediated instructional activities of a governmental body or an accredited nonprofit educational institution;

“(B) the performance or display is directly related and of material assistance to the teaching content of the transmission;

“(C) the transmission is made solely for, and, to the extent technologically feasible, the reception of such transmission is limited to—

“(i) students officially enrolled in the course for which the transmission is made; or

“(ii) officers or employees of governmental bodies as a part of their official duties or employment; and

“(D) the transmitting body or institution—

“(i) institutes policies regarding copyright, provides informational materials to faculty, students, and relevant staff members that accurately describe, and promote compliance with, the laws of the United States relating to copyright, and provides notice to students that materials used in connection with the course may be subject to copyright protection; and

“(ii) in the case of digital transmissions—

“(I) applies technological measures that, in the ordinary course of their operations, prevent—

“(aa) retention of the work in accessible form by recipients of the transmission from the transmitting body or institution for longer than the class session; and

“(bb) unauthorized further dissemination of the work in accessible form by such recipients to others; and

“(II) does not engage in conduct that could reasonably be expected to interfere with technological measures used by copyright owners to prevent such retention or unauthorized further dissemination;” and

(2) by adding at the end the following:

“In paragraph (2), the term ‘mediated instructional activities’ with respect to the performance or display of a work by digital transmission under this section

refers to activities that use such work as an integral part of the class experience, controlled by or under the actual supervision of the instructor and analogous to the type of performance or display that would take place in a live classroom setting. The term does not refer to activities that use, in 1 or more class sessions of a single course, such works as textbooks, course packs, or other material in any media, copies or phonorecords of which are typically purchased or acquired by the students in higher education for their independent use and retention or are typically purchased or acquired for elementary and secondary students for their possession and independent use.

“For purposes of paragraph (2), accreditation—

“(A) with respect to an institution providing post-secondary education, shall be as determined by a regional or national accrediting agency recognized by the Council on Higher Education Accreditation or the United States Department of Education; and

“(B) with respect to an institution providing elementary or secondary education, shall be as recognized by the applicable state certification or licensing procedures.

“For purposes of paragraph (2), no governmental body or accredited nonprofit educational institution shall be liable for infringement by reason of the transient or temporary storage of material carried out through the automatic technical process of a digital transmission of the performance or display of that material as authorized under paragraph (2). No such material stored on the system or network controlled or operated by the transmitting body or institution under this paragraph shall be maintained on such system or network in a manner ordinarily accessible to anyone other than anticipated recipients. No such copy shall be maintained on the system or network in a manner ordinarily accessible to such anticipated recipients for a longer period than is reasonably necessary to facilitate the transmissions for which it was made.”.

(c) EPHEMERAL RECORDINGS. —

(1) IN GENERAL. — Section 112 of title 17, United States Code, is amended —

(A) by redesignating subsection (f) as subsection (g); and

(B) by inserting after subsection (e) the following:

“(f)(1) Notwithstanding the provisions of section 106, and without limiting the application of subsection (b), it is not an infringement of copyright for a governmental body or other nonprofit educational institution entitled under section 110(2) to transmit a performance or display to make copies or phonorecords of a work that is in digital form and, solely to the extent permitted in paragraph (2), of a work that is in analog form, embodying the performance or display to be used for making transmissions authorized under section 110(2), if —

“(A) such copies or phonorecords are retained and used solely by the body or institution that made them, and no further copies or phonorecords are reproduced from them, except as authorized under section 110(2); and

“(B) such copies or phonorecords are used solely for transmissions authorized under section 110(2).

“(2) This subsection does not authorize the conversion of print or other analog versions of works into digital formats, except that such conversion is permitted hereunder, only with respect to the amount of such works authorized to be performed or displayed under section 110(2), if —

“(A) no digital version of the work is available to the institution; or

“(B) the digital version of the work that is available to the institution is subject to technological protection measures that prevent its use for section 110(2).”.

(2) TECHNICAL AND CONFORMING AMENDMENT.—Section 802(c) of title 17, United States Code, is amended in the third sentence by striking “section 112(f)” and inserting “section 112(g)”.

(d) PATENT AND TRADEMARK OFFICE REPORT.—

(1) IN GENERAL.—Not later than 180 days after the date of enactment of this Act and after a period for public comment, the Undersecretary of Commerce for Intellectual Property, after consultation with the Register of Copyrights, shall submit to the Committees on the Judiciary of the Senate and the House of Representatives a report describing technological protection systems that have been implemented, are available for implementation, or are proposed to be developed to protect digitized copyrighted works and prevent infringement, including upgradeable and self-repairing systems, and systems that have been developed, are being developed, or are proposed to be developed in private voluntary industry-led entities through an open broad based consensus process. The report submitted to the Committees shall not include any recommendations, comparisons, or comparative assessments of any commercially available products that may be mentioned in the report.

(2) LIMITATIONS.—The report under this subsection—

(A) is intended solely to provide information to Congress; and

(B) shall not be construed to affect in any way, either directly or by implication, any provision of title 17, United States Code, including the requirements of clause (ii) of section 110(2)(D) of that title (as added by this Act), or the interpretation or application of any such provision, including evaluation of the compliance with that clause by any governmental body or nonprofit educational institution.



## 2. Extractos del Artículo 110, 17 U.S.C. (traducción libre)

Código de los Estados Unidos, Título 17: Derecho de Autor

Capítulo 1: Objeto y Alcance del Derecho de Autor

**Artículo 110:** *Limitaciones en los derechos exclusivos. Excepción de ciertas ejecuciones y exhibiciones.* Sin perjuicio de las disposiciones del Artículo 106 [derechos exclusivos sobre obras protegidas], los siguientes [usos] no son infracciones al derecho de autor:

(2) con excepción de una obra producida o comercializada principalmente para su ejecución o exhibición como parte actividades educativas intermediadas transmitidas por vía de redes digitales, o de una ejecución o exhibición realizada mediante una copia o fonograma que no ha sido producida y adquirida lícitamente bajo este título, y el órgano estatal o la institución educacional acreditada sin fines de lucro sabía o tenía motivos para saber que no había sido producida y adquirida lícitamente, la ejecución de una obra literaria o musical no dramática o porciones limitadas y razonables de cualquier otra obra, o la exhibición de una obra en una proporción comparable a aquella en que es comúnmente exhibida en el transcurso de una sesión presencial de clases, por medio o en el transcurso de una transmisión, si:

(A) la ejecución o exhibición es realizada, dirigida, o [hecha] bajo la supervisión efectiva de un educador como parte integral de una sesión de clases ofrecida como parte regular de actividades educativas intermediadas sistemáticas de un órgano estatal o una institución educacional acreditada sin fines de lucro;

(B) la ejecución o exhibición está relacionada directamente y es de asistencia sustancial al contenido docente de la transmisión;

(C) la transmisión es hecha exclusivamente para, y en la medida tecnológicamente factible, la recepción de dicha transmisión está limitada a:

(i) estudiantes oficialmente matriculados en el curso para el cual es hecha la transmisión; o

(ii) funcionarios o empleados de órganos estatales como parte de sus deberes oficiales o su empleo; y

(D) el órgano o institución transmisora:

(i) instituye políticas relativas al derecho de autor, provee materiales informativos al profesorado, los estudiantes, y funcionarios de importancia que describan con precisión, y promuevan el cumplimiento, de las leyes de los Estados Unidos relacionadas con el derecho de autor, y otorga aviso a los estudiantes de que los materiales usados en conexión con el curso pueden estar sujetos a protección a título de derecho de autor; y

(ii) en el caso de las transmisiones digitales:

(I) aplica medidas tecnológicas que razonablemente impidan:

(aa) la retención de la obra de forma accesible por los receptores de la transmisión desde la entidad o institución transmisora por un período mayor al de la sesión de clases; y

(bb) la difusión adicional no autorizada de la obra en forma accesible por dichos receptores hacia otros; y

(II) no incurre en conductas de las que razonablemente se espera que interfieran con medidas tecnológicas usadas por titulares de derechos de autor para impedir dicha retención o difusión adicional no autorizada;

[...]

En el párrafo (2), la expresión “actividades educativas intermediadas” respecto de una ejecución o exhibición de una obra por medio de una transmisión digital bajo este artículo se refiere a las actividades que usan tal obra como parte integral de la experiencia de clases, controlada o bajo la supervisión efectiva del

educador y análoga al tipo de ejecución o exhibición que tendría lugar en un contexto de sala de clases física. La expresión no se refiere a actividades que usen, en 1 o más sesiones de clases de un curso particular, obras tales como libros de texto, *course packs*, u otro material en cualquier soporte, copias o fonogramas de aquellos comúnmente comprados o adquiridos por los estudiantes en la educación superior para su uso y retención independientes o son comúnmente comprados o adquiridos por estudiantes primarios y secundarios para su tenencia y uso independiente.

Para efectos del párrafo (2), la acreditación:

(A) respecto de una institución que provea educación terciaria, será determinada por una agencia de acreditación regional o nacional reconocida por el Consejo de Acreditación de Educación Superior o el Departamento de Educación de los Estados Unidos; y

(B) respecto de una institución que provea educación primaria o secundaria, será según su reconocimiento por la certificación estatal aplicable o los procedimientos de licenciamiento.

Para efectos del párrafo (2), ningún órgano estatal o institución educacional acreditada sin fines de lucro será susceptible de responsabilidad por infracción en razón del almacenamiento transitorio o temporal de material llevado a cabo a través del proceso técnico automático de una transmisión digital de la ejecución o exhibición de ese material autorizada conforme al párrafo (2). Ningún material de ese tipo almacenado en el sistema o red controlada u operada por el órgano o institución transmisora bajo este párrafo será mantenido en dicho sistema o red de forma normalmente accesible a cualquier persona distinta de los receptores previstos. Ninguna copia de ese tipo deberá ser mantenida en el sistema o red de forma normalmente accesible a tales receptores previstos por un período superior que el razonablemente necesario para facilitar las transmisiones para las que fue producida. [...]