



DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**LOS PROBLEMAS PROBATORIOS ASOCIADOS A LA
EXPLOTACIÓN DE FOTOGRAFÍAS DIGITALES**

HANS VON MARTTENS SOTO

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:

LORENA DONOSO ABARCA

SANTIAGO DE CHILE

DICIEMBRE 2015

DEDICATORIA

A mi querida familia naciente que ha estado a mi lado en estos primeros pasos.

AGRADECIMIENTOS

A la profesora y abogado Lorena Donoso Abarca, quien tuvo la paciencia para corregir, encausar y guiar esta investigación y a los especialistas que colaboraron con entrevistas en esta investigación: Renzo Gandolfi, Alejandro Hermosilla, José Silva Bustos y Alena Zamora, quienes amablemente nos recibieron y colaboraron con sus conocimientos.

RESUMEN

En la presente investigación se analizarán las dificultades probatorias para demostrar la autoría de una fotografía digital, con el objetivo de fortalecer los derechos de propiedad intelectual de un fotógrafo. Para esto revisaremos la posibilidad de probar en la actual legislación chilena la autoría mediante el análisis del documento electrónico que contiene a una fotografía digital, y la pertinencia y actualidad de las normas probatorias chilenas.

Para conseguir estos objetivos, se contrastarán la legislación nacional, doctrina nacional y comparada, jurisprudencia y se entrevistarán a distintos especialistas que podrían intervenir en un eventual juicio que persiga determinar la autoría de una fotografía digital.

En la presente investigación, demostraremos que la legislación nacional en materia probatoria no se ha actualizado, considerando las particularidades de la prueba tecnológica para demostrar la autoría de a una fotografía digital.

INDICE

Dedicatoria	ii
Agradecimientos	iii
Resumen	iv
INTRODUCCIÓN	1
A. Presentación de la investigación.....	1
B. Conceptos básicos para la comprensión de la investigación	6
i. Fotografía digital	6
ii. Metadata de archivos digitales	8
iii. Código Hash	9
iv. Datos EXIF	11
v. Laboratorio digital	12
vi. Firma electrónica	14
vii. Token	15
viii. Documento electrónico	16
ix. Medidas tecnológicas de protección	17
CAPÍTULO I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FOTOGRAFÍA DIGITAL	20
A. La fotografía digital como obra protegida por el derecho de autor.....	20
B. El autor de una fotografía digital	21
C. Determinación del autor de una fotografía digital.....	28
D. Usos de la fotografía en la ley 17.336 (formas de aprovechamiento de una fotografía digital)	32

CAPÍTULO II. LA PRUEBA DE LA AUTORÍA DE UNA FOTOGRAFÍA DIGITAL 40

A.	La Prueba	40
B.	La evolución de la prueba y la prueba de los soportes digitales	42
C.	La prueba tecnológica.....	44
D.	La carga de la prueba	48
E.	La valoración de la prueba.....	52
i.	Sistemas de valoración de la prueba	54
ii.	La valoración de la prueba en Chile y su aplicación al tema de esta investigación	59

CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR A LA ACREDITACIÓN DE LA AUTORÍA DE UNA FOTOGRAFIA DIGITAL..... 72

A.	Los instrumentos como prueba de la titularidad de las fotografías digitales .	75
B.	Las medidas tecnológicas de protección de obras digitales, como medio de prueba de la titularidad de una fotografía digital	87
C.	Rol de los peritos en la prueba de la titularidad de una fotografía digital	96
D.	Rol de los testigos en la prueba de la titularidad de una fotografía digital ..	126
E.	Otros medios de prueba de la titularidad de una fotografía digital	144
i.	Confesión de parte	145
ii.	Inspección personal del tribunal	150
iii.	Las presunciones	152

CAPITULO IV. LA PRUEBA DE LA FOTOGRAFÍA DIGITAL EN LA PRÁCTICA165

A.	La jurisprudencia relativa a los problemas de la prueba de la autoría de las fotografías digitales.....	165
B.	Buenas prácticas en materia de prueba de la titularidad de una fotografía digital	174
C.	Recomendaciones prácticas de los peritos sobre como probar la autoría de una fotografía digital	182
a.	Las series como medio de prueba	182
b.	La autenticación de la imagen como medio de prueba	184
c.	La utilización de la informática forense en la determinación de la autoría. ...	186
	CONCLUSIONES	188
i.	Con respecto a la metadata y proposiciones para elevar legislativamente su fuerza y eficacia probatoria.....	189
ii.	Con respecto a los peritos y proposiciones de mejoras	196
iii.	Con respecto a la falta de jurisprudencia y proposiciones de educación	198
iv.	Con respecto a nuestra hipótesis	203
	Anexos	205
A.	Entrevista a Alena Zamora.....	205
B.-	Entrevista a José Silva Bustos	215
C.-	Entrevista a Renzo Gandolfi	222
D.-	Entrevista a Alejandro Hermosilla	234
	Bibliografía.....	247

INTRODUCCIÓN

A. Presentación de la investigación

En esta investigación analizamos los problemas probatorios asociados a la explotación de fotografías digitales. Este tema revistió un gran interés de ser investigado, ya que la tecnología digital ha generado un cambio radical en las formas de explotación de todo tipo de obras, sobre todo en lo relacionado a los derechos morales y patrimoniales de nuestro sistema nacional de propiedad intelectual y en los sistemas de copyright del derecho anglosajón.

La tecnología digital tiene la particularidad de permitir reproducir algún “documento” con gran facilidad de formas ilimitadas. Esta facilidad de copia, dificulta el determinar quién es el legítimo titular de derechos de autor sobre una obra, toda vez que el soporte permite que esta sea multicopiada en documentos idénticos, sin que se pierda el original de su fuente, al punto que distinguir el original de una copia sea una cuestión sumamente complicada y que dependerá de un análisis técnico en el que deberá intervenir un experto.

Con el multicopiado y reproducción de una obra se pueden vulnerar una serie de derechos de su legítimo titular y para reivindicar estos derechos, el autor primero que todo **deberá probar su vinculación con la obra**. Por ejemplo, tratándose de fotografías digitales, el probar quien es el autor de una obra será una cuestión técnicamente muy compleja, debido a la naturaleza tecnológica del

documento digital que contiene a la obra, que no necesariamente se corresponderá con las normas sobre la prueba que ha establecido nuestro legislador.

El cómo probar la autoría de una fotografía digital, no ha sido anteriormente abordado de forma directa por el legislador ni por la doctrina Chilena. En entornos comparados se ha desarrollado bastante doctrina con respecto a la prueba tecnológica. En el caso de Chile hay una carencia de estudios similares, pero sí se ha desarrollado bastante el concepto de “documento y firma electrónica como medio de prueba”, tanto a nivel legislativo como doctrinal, que si bien no resuelve directamente el problema de cómo probar la autoría de una fotografía digital, nos da luces de cómo evaluar el soporte de la misma (ya que una fotografía digital se almacena en un documento electrónico).

Por otro lado en el ámbito jurisprudencial, si bien están suscitándose conflictos jurídicos, no se ha desarrollado una jurisprudencia relevante, que permita conocer la evaluación de suficiencia de nuestras normas legales. Esto puede deberse a dos causas; o los titulares de los Derechos de Propiedad Intelectual de las Fotografías Digitales han resuelto sus problemas de forma privada, o bien no los están resolviendo.

En el primero de los casos, la solución quedará entregada al poder relativo de las partes involucradas en el conflicto y en el segundo, si bien habría que ahondar sobre las causas de no ejercicio de sus derechos, podríamos sostener

que redundan en una denegación de justicia. En todo caso, sea una u otra la causa, estas refuerzan la necesidad de realizar una investigación en este sentido. En efecto, si la razón fue el desconocimiento de sus derechos, se evidencia la necesidad de sistematizarlos a fin de que pueda adquirir las competencias que permitan reforzar la figura del autor de una fotografía digital y probar su autoría en caso que sea necesario.

Si a lo anterior sumamos la complejidad, en cuanto a la comprensión de los principios técnicos que guían la creación, edición, y difusión de fotografías digitales, con los consiguientes aspectos técnicos que son necesarios conocer para acreditar la autoría de una obra, se hace más patente la necesidad de sistematizar esta información en un lenguaje claro para las partes y los abogados que deberán intervenir en la resolución de conflictos jurídicos, cualquiera sea la posición procesal en que se encuentren.

La fotografía la utilizamos como un ejemplo. Sin embargo lo dicho aquí, se podría extender a otro tipo de obras digitales y contenidas en un documento electrónico, tales como una ilustración digital, un montaje, un video, un sitio web, un archivo de audio digital, un juego de video, etc.

Partimos de la base de que una fotografía digital, por disposiciones expresas de la ley de propiedad intelectual, es una obra digital. Si es una obra, entonces debería estar protegida por la ley 17.336, entregando a su titular derechos morales y patrimoniales respecto de ésta. Si bien la ley de propiedad intelectual, otorga

protección por el sólo hecho de la creación de una obra, el legítimo titular que fue vulnerado en sus derechos se enfrenta al problema de cómo probar la autoría de esta obra digital.

Desde la técnica podría resolverse el problema a través del empleo de la metada (datos que proporciona el aparato con el cual se genera la fotografía), pero en este caso habría que analizar si la metadata¹ es susceptible de ser considerada como firma electrónica a la luz de la ley 19.799, o bien como instrumento para poder utilizarla en el procedimiento civil chileno en donde rige la prueba legal o tasada.

Otro método podría ser analizar si la fotografía cuenta con medidas tecnológicas de protección, las cuales se podrían definir como “sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.” Si bien este tipo de medidas pueden contener una serie de elementos que pueden contribuir enormemente a la prueba de la autoría de la fotografía digital, muchos autores desconocen el rol probatorio que pueden adquirir y de su parte los jueces no tienen acabado conocimiento de su existencia, funcionamiento y eficacia probatoria.

Por tanto, el objetivo central de esta investigación será **contribuir a la sistematización y esclarecimiento de los problemas probatorios asociados a**

¹ Más adelante definiremos que entendemos por metadata.

la determinación de los derechos intelectuales de una fotografía digital. Para lograr nuestro objetivo, **analizamos la naturaleza jurídica de una fotografía digital,** y de esta manera identificamos **el régimen de protección jurídica que se aplica a una fotografía digital, los aspectos necesarios para acreditar la autoría de una fotografía digital, los medios idóneos para ello y los problemas que se han detectado en esta materia.**

En este sentido, se **analizó la eficacia probatoria de la metada y de las medidas tecnológicas de protección, como mecanismos de autenticación de la obra, de cara a la ley de firma y documento electrónico** y en tanto que podrían contener elementos que nos ayuden a determinar la autoría de una fotografía digital.

En el marco teórico se analizó la normativa asociada a las obras del intelecto humano, especialmente las obras digitales, las normas relativas a la prueba de la autoría de las fotografías digitales y su aplicación jurisprudencial. Ello nos permitió identificar y sistematizar buenas prácticas probatorias aplicables a las fotografías digitales. La pregunta central de esta investigación fue; **¿cómo se prueban los derechos que emanan de la creación, modificación, transformación, adaptación, distribución, difusión y otras formas de explotación de una fotografía digital?** y la hipótesis tentativa fue; **“Los medios tradicionales de prueba de la autoría de obras del intelecto humano, no son suficientes para garantizar los derechos que emanan de la autoría de una fotografía digital, debiendo recurrirse al análisis de los elementos técnicos que intervienen en su creación”**, la que fue

confirmada a lo largo de la investigación.

B. Conceptos básicos para la comprensión de la investigación

Atendida la especificidad del tema y sus características tecnológicas, en este apartado analizamos algunos conceptos que ayudan a la comprensión lectura de los resultados de la investigación.

i. Fotografía digital

Si bien las personas manejan cotidianamente máquinas fotográficas digitales, pocas veces se detienen a pensar el concepto de fotografía digital.

Para aproximarnos a un concepto a este respecto debemos atender al principio de neutralidad tecnológica, de la ley de firma y documento electrónico, Art. 1° párrafo segundo, que dispone “Las actividades reguladas por esta ley se someterán a los principios de libertad de prestación de servicios, libre competencia, neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel.”² De su parte, la doctrina sostiene que “la neutralidad tecnológica supone no regular un proceso de identificación en sí mismo, sino disponer a su respecto en forma general, creando un ordenamiento común para todos los medios de identificación electrónicos, cualquiera sea la naturaleza del proceso de identificación”.³ Esto es importante además porque el

² Artículo 1° Párrafo Segundo Ley 19.799, disponible on line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640> [fecha de consulta: 04-09-2014]

³ Trivelli Gonzalez, María Paz, “El Principio de Neutralidad Tecnológica en la Ley 19.799” disponible on-line en: <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10675/10953> [fecha de

diccionario de la real academia de la lengua no cumple con esta condición en su definición. Así reza:

- “1. f. Arte de fijar y reproducir **por medio de reacciones químicas, en superficies convenientemente preparadas**, las imágenes recogidas en el fondo de una cámara oscura.
2. f. Estampa obtenida por medio de este arte.
3. f. Taller en que se ejerce este arte.
4. f. Representación o descripción que por su exactitud se asemeja a la fotografía.”⁴

Como podemos ver en la definición de la Real Academia de la Lengua Española, se compromete con un soporte, este es en “superficies convenientemente preparadas, que fijan las imágenes mediante reacciones químicas”, lo que no es aplicable a una fotografía digital, como veremos más adelante.

De nuestra parte, consideramos que la fotografía digital puede conceptualizarse mejor a partir del análisis de nuestra ley de firma y documento electrónico, entendido como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y

consulta: 04-09-2014] p.109

⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, disponible on-line en: <http://lema.rae.es/drae/?val=fotograf%C3%ADa> [fecha de consulta: 04-09-2014]

almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”⁵.

Combinando ambas definiciones podemos bosquejar una definición de fotografía digital, de esta forma podríamos decir que **la fotografía digital es el arte de fijar y reproducir imágenes, ya sean creadas, comunicadas o recibidas por medios electrónicos y almacenadas de un modo idóneo para permitir su posterior uso.**

Cabe destacar, que en esta investigación nos centraremos en la prueba de la autoría de la fotografía digital, y como veremos más adelante en nuestro sistema de prueba legalista tenemos que circunscribirnos a un medio de prueba previamente definido por nuestro legislador, de forma que más adelante nos alejaremos un poco de esta definición, para considerar a la fotografía digital lisa y llanamente un documento electrónico y la trataremos como tal, es decir, nos alejaremos de ella como disciplina y la consideraremos simplemente como una imagen creada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su posterior uso.

ii. Metadata de archivos digitales

En esta investigación, tuvo un papel de preponderancia a la Metadata, que creemos puede jugar un rol protagónico en la demostración de la autoría de una fotografía digital, autores comparados la definen como “datos sobre datos.

⁵ Artículo 2° Letra d) Ley 19.799, disponible on line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640>
[fecha de consulta: 04-09-2014]

Normalmente la metadata de un documento describe como se relaciona con otros, su contenido su ciclo de vida, sus características técnicas, su uso potencial, y su posición esperada dentro de procesos de un mayor nivel”⁶.

Para acercar este concepto a la fotografía digital, simplificaremos el concepto y diremos por ahora que es **una información oculta, que puede ser reproducida con programas a fines, que se contiene en el archivo digital que sirve de soporte a una fotografía.**

iii. Código Hash

El código Hash, es un concepto que conocimos gracias a uno de los expertos que entrevistamos en la realización de esta investigación, quien nos señaló la existencia de este tipo de códigos como un mecanismo que puede ser útil para la determinación de la autoría de la fotografía digital.

“Cada imagen tiene un valor «hash» único, que permite comprobar si una copia es idéntica. Los datos recopilados se conservarán en el «archivo forense probatorio» y no podrán ser borrados físicamente, ni eliminados de los registros forenses. De esta manera se garantiza la integridad de los datos y se impide la

⁶ Traducción libre de Motelet, Oliver, “Improving learning-object metadata usage during lesson authoring” Tesis, Universidad de Chile 2007, p.18 disponible on-line en http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/motelet_o/sources/motelet_o.pdf [fecha de consulta: 04-09-2013, texto original: “Metadata is data about data. Typically, the metadata of a document describes its relationships with other documents, its content, its life cycle, its technical characteristics, its potential usage, and its expected position inside higher-level processes.”

reproducción parcial.”⁷

El Abogado y especialista en informática Renzo Gandolfi, ejemplifica este código Hash señalando que: “Cada vez que toco una tecla en el computador, se genera un código, llamado código ASCII, este traslada un hexadecimal a número, por ejemplo el 10 hexadecimalmente va a ser una letra A y octadecilmante va a ser un 012, por tanto la letra A siempre va a tener una codificación de 10 y de 12, cuando sumo nuevas letras, se van sumando estos códigos y da como resultado final una sumatoria, y esto genera un código ASCII, este código ASCII para reconocer una creación como de una determinada persona se configura como una firma, un algoritmo. Este algoritmo se divide en dos tipos, uno que se llama MD5 y otro Hash, y lo que hace este algoritmo es que da la certeza de que ese archivo o ese algoritmo es válido para un determinado autor. Esto da la autenticación básica de un archivo, que puede ser una firma integra, no es modificable y siempre es la misma. Esto llevado al concepto informático forense cuando yo por ejemplo a un teléfono le hago un levantamiento y tengo por otro lado un disco duro, puedo saber que la evidencia que copie es legítima, puedo saberlo porque el código Hash del teléfono cuando levante la información, es el mismo que tengo en la copia del disco duro, cuando la copie para realizar la pericia. Cuando coteje la evidencia, el código Hash debería ser el mismo. Por tanto ante la eventual discusión de la validez probatoria, a través del código Hash se podrá demostrar

⁷ INFORMACIÓN SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE INFORMÁTICA FORENSE DE LA OLAF – INVESTIGACIONES EXTERNAS disponible on-line en http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/forensics-leaflet/external_es.pdf [fecha de consulta: 04-09-2014]

que son iguales, no hay diferencia.

Este código Hash llevado a una fotografía podríamos considerarlo como el ADN de la imagen.”⁸

Si bien en esta investigación no revisaremos a fondo el código Hash, ya que pondremos nuestra atención en otros medios probatorios que consideramos más idóneos, enunciamos su existencia, ya que podría ser de utilidad cuando los metadatos no entreguen suficiente información.

iv. Datos EXIF

Al interior de la metadata de una fotografía digital encontramos una información llamada EXIF, que llamó nuestra atención, se entiende como ““Exchangable Image File Format”, que se podría traducir como el formato de la imagen inmodificable.”⁹

Dentro de esta información EXIF encontramos el IPTC que se puede definir como la “metadata que se escoge agregar a una imagen, como por ejemplo las palabras claves, información sobre el **copyright**, una descripción de la imagen, lugar donde fue tomada, ciudad, país, entre otros. La sigla IPTC significa

⁸ Fragmento de entrevista realizada en el contexto de esta investigación a “Renzo Gandolfi”, abogado, especialista en informática forense, texto completo disponible en anexo en: 0 C.- Entrevista a Renzo Gandolfi p.222

⁹ Traducción libre de Hilz, Corey, Focus on Photoshop, Focal, Oxford 2009, disponible on-line en: <http://www.sciencedirect.com/science/book/9780240812205> [fecha de consulta: 04-09-2013], texto original “EXIF: Metadata that your camera writes when your camera takes a picture; it’s info that is specifically about that photo (camera model, aperture, shutter speed, focal length, lens, and so on). You cannot edit or change this information. EXIF stands for ExchangeableImage File Format.”

“International Press Telecommunications Council” que se podría traducir como consejo de prensa y telecomunicaciones internacional.”¹⁰ Dentro de esta información IPTC, puede existir el campo **autor**, lo que según veremos más adelante, puede ser incluso considerado una firma digital que nos permitirá en definitiva probar la autoría de la fotografía con estos datos.

Para facilitar la lectura de esta investigación, más adelante nos referiremos indistintamente a los datos que se encuentran al interior de un archivo digital, como metadata, información EXIF o IPTC, existiendo entre este tipo de datos una relación de genero a especie, siendo lo más general la metadata y lo más específico el IPTC.

Siendo muy rigurosos, en donde encontraremos la mayor cantidad de información que nos podría ayudar en la prueba de la autoría de la fotografía digital es en el IPTC, pero como el IPTC es una especie de metadatos, para no generar confusiones no serán distinguidos.

v. Laboratorio digital

En esta investigación, cobraron un rol muy importante los peritos, de forma que no podíamos hacer menos que consultar la opinión de los expertos respecto de las formas que considerarían ellos para determinar la autoría de la fotografía

¹⁰ Traducción libre de Hilz, Corey, Focus on Photoshop, Focal, Oxford 2009, disponible on-line en: <http://www.sciencedirect.com/science/book/9780240812205> [fecha de consulta: 04-09-2013], texto original “IPTC: Metadata that you choose to add (keywords, copyright, caption, location, city, state country, and so on). IPTC stands for International Press Telecommunications Council. ”

digital.

Como veremos más adelante algunos de los peritos, consultados por la determinación de la autoría digital, consideraron (a nuestro juicio erradamente) el hacer un análisis respecto de si la imagen había sido sometida o no a una intervención mayor utilizando para ello técnicas de laboratorio digital.

El experto y profesor de Laboratorio Digital de la Escuela de Fotografía del instituto profesional ARCOS, Alejandro Hermosilla, en una entrevista realizada en el contexto de esta investigación, identifica el laboratorio digital con las técnicas de manipulación de una imagen digital haciendo un paralelo con el laboratorio fotográfico análogo, en el que se podían intervenir fotografías análogas con procesos físicos y químicos. Entonces el laboratorio digital en el concepto de este experto, sería el espacio y las herramientas de software adecuadas para realizar intervenciones en fotografías digitales y en los documentos electrónicos que las contienen.¹¹

¹¹ **Texto Original definición entregada por Alejandro Hermosilla:** El laboratorio digital tiene su paralelo que tiene que ver con el laboratorio análogo, sencillamente cambió el lenguaje, cambiaron las herramientas pero el propósito es el mismo, que es de potenciar y mejorar las copias, no solamente en color, sino que hoy en día la manipulación es tan tremenda que no tiene límite. No hay un parámetro estándar de cuanto se puede manipular hoy en día una fotografía, eso generalmente lo determina la línea editorial para la que uno está trabajando, dependiendo de para cuáles clientes se esté trabajando, y es un poco complejo.

Existe una diferencia entre post-producción digital y laboratorio digital, cuando uno post-produce una fotografía, deja de ser fotografía, y esto es un pensamiento tremendamente personal, en estos casos la fotografía se transforma en una gráfica.

En el caso del laboratorio se controlan las 3 variables del color que siempre son las mismas, tono, saturación, luminosidad.

Cuando uno trabaja en un archivo en formato Raw, la fotografía es eso es un crudo, por ende la intervención de la electrónica de la cámara no es aplicada dentro del fichero, me refiero al foco, al contraste, a la luminosidad a la vibración del color no interviene, por eso se llama crudo. Lo único que es

Este paralelo del mundo físico al mundo del software, también es materia conocida por nuestro legislador en la ley de firma y documento electrónico, en donde levanta como un principio fundador de esta ley el de equivalencia de soporte, que analizaremos a propósito de la prueba de la autoría de la fotografía digital mediante instrumentos.

vi. Firma electrónica

La firma electrónica es una de las pocas materias tecnológicas que ha normado nuestro legislador, en la ley de firma y documento electrónico en donde la ha definido y ha distinguido entre firma electrónica simple y firma electrónica avanzada.¹²

Como veremos más adelante es muy posible que en una fotografía digital exista una firma electrónica desde la misma creación de la misma, toda vez que las cámaras fotográficas permiten la inserción de información anexa en el documento electrónico que contiene a la fotografía digital, según veremos más

capturado en el Raw es la temperatura y es porque la cámara no tiene las posibilidades de ajustar las frecuencias del espectro visible, cuando viene roto, en el caso del tungsteno, fluorescente u otra luz que tenga dominante, pero en estricto rigor el trabajo del laboratorio es eso, corregir algunos defectos que apuntarían justamente a estas imperfecciones lumínicas, imperfecciones que también tienen que ver con la construcción física de la cámara, de cómo se comporta la luz sobre los sensores, etc.- Texto completo entrevista disponible en anexo, véase 0 D.- Entrevista a Alejandro Hermosilla p. 234

- ¹² “f) Firma electrónica: cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor;
- g) Firma electrónica avanzada: aquella certificada por un prestador acreditado, que ha sido creada usando medios que el titular mantiene bajo su exclusivo control, de manera que se vincule únicamente al mismo y a los datos a los que se refiere, permitiendo la detección posterior de cualquier modificación, verificando la identidad del titular e impidiendo que desconozca la integridad del documento y su autoría.” Artículo 2° Letras f) y g) Ley 19.799, disponible on line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640> [fecha de consulta: 04-09-2014]

adelante cuando revisemos a los instrumentos como medios de prueba.

vii. Token

Relacionado con la firma electrónica encontramos a los token, que son dispositivos que tienen la capacidad de almacenar firmas electrónicas, en especial firmas electrónicas avanzadas, así un proveedor del servicio de firmas electrónicas señala que:

“La firma electrónica funciona a través de un token, que es un dispositivo electrónico parecido a un pendrive que debe cumplir con las normas internacionales FIPS 140-2 L3. Este instrumento genera una decena única de números y letras que vincula a la persona que firma con el documento electrónico.

El Certificado de Firma Electrónica Avanzada, por ley, debe ser generado y almacenado en un Dispositivo Criptográfico especializado, que cumpla con el estándar de seguridad FIPS-140-2 L3, como los e-Token Pro distribuidos por ACEPTA.”¹³

Un token es un dispositivo que contiene una firma digital avanzada y que permite a una persona identificarse, por ejemplo, podría ser utilizado en nuestro país por un perito para certificar que es él, quien realiza un peritaje sobre un documento electrónico. Sin embargo para no generar confusiones queremos dejar en claro de que no es necesaria la utilización de un token para firmar

¹³ “Sitio Web Preguntas Frecuentes empresa certificadora Acepta.com”, disponible on-line en: http://www.acepta.com/maillist/acepta_un_dia/html/faq.html [fecha de consulta: 04-09-2014]

electrónicamente una fotografía digital, es más esto sería sumamente infrecuente. El único caso que conocemos en que se utilice un token en la obtención de fotografías digitales, es en el caso de policías extranjeras, en las que los peritos los utilizan cuando levantan un registro fotográfico para firmar digitalmente y dar fe de quien fue el perito que obtuvo la imagen, con fecha lugar y hora.

viii. Documento electrónico

El documento electrónico, será clave en nuestra investigación. Este tipo de documentos ha sido definido por nuestro legislador en forma amplia en nuestra ley de firma y documento electrónico como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”¹⁴.

Por ejemplo el archivo que contiene una fotografía digital, será entonces un documento electrónico, ya que contiene la representación de una idea almacenada por medios electrónicos, que permite su posterior uso.

Este concepto será ampliamente abordado cuando nos refiramos a la prueba instrumental de la autoría de la fotografía digital.

Por lo pronto diremos que la ley de firma y documento electrónico levanta el principio de equivalencia de soporte, de forma que un documento electrónico tendrá la misma validez que un documento soportado en papel, cuestión sobre la

¹⁴ Ley de Firma y Documento Electrónico 19.799, artículo 2°, Letra d, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640> [Fecha de Consulta: 04-09-2013]

que ya volveremos.

ix. Medidas tecnológicas de protección

Las medidas tecnológicas de protección, han sido definidas por el autor Horacio Fernández Delpech como “sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.”¹⁵. En nuestro campo de interés, se ha dicho que “muchos fotógrafos, incluso profesionales, tienen sus obras en Internet en alta resolución sin ninguna protección, se pueden bajar, se pueden imprimir, incluso no tienen marca de agua, y hoy en día en el tema digital la utilización es tan rápida, tan instantánea, que basarse solo en la protección que te puede entregar la legislación para impedir el uso no autorizado de la obra es prácticamente un eufemismo. (...) Es en este ámbito, las medidas tecnológicas que resguardan la obra, más allá de algo adyacente o supletorio a la legislación, en Internet se convierte en una práctica mucho más importante que la propia protección legal”¹⁶.

Nuestro legislador ha otorgado un reconocimiento expreso a la existencia de las medidas tecnológicas de protección, en la ley de propiedad intelectual, en las

15 Fernández Delpech, Horacio, “MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN INTERNET - LOS ACTOS ELUSIVOS - LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA ELUSIÓN”, Córdoba, Argentina 2006, Disponible on-line en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf> [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.1

16 Zamora Delgado, Alena, directora ejecutiva Sociedad de Gestión Colectiva CREAMAGEN, en entrevista realizada con fecha 26 de noviembre de 2012, en el de esta investigación, texto completo disponible en el anexo en A Entrevista a Alena Zamorap.205

normas que se refieren a la limitación de responsabilidad de los prestadores de servicios de internet, en el artículo 85 letra O, en tanto para gozar de las limitaciones de responsabilidad que la ley de propiedad intelectual establece en favor de los prestadores, no deben haber interferido en las medidas tecnológicas de protección que haya tomado el autor de una obra. El legislador además de reconocerlas entonces, establece la ilicitud en la vulneración de dichas medidas, lamentablemente no existe ninguna definición legal de qué se entiende por medidas tecnológicas de protección y deja abierta la puerta a la interpretación, disponiendo que las medidas tecnológicas de protección son aquellas “ampliamente reconocidas y utilizadas lícitamente.”¹⁷

La costumbre de los fotógrafos entonces tomará una relevante importancia a la hora de definir qué entendemos por medida tecnológica de protección en la fotografía digital. Además la ley exige, que dicha medida sea utilizada lícitamente, de forma que quedaría fuera de la posibilidad de reconocimiento legal el uso de alguna medida tecnológica de protección ilícita, como por ejemplo, podría ser la utilización de un virus, en caso de que alguien intente vulnerar los derechos intelectuales de una obra.

Un ejemplo de una medida tecnológica de protección que consideramos relevante para la prueba de la autoría de la fotografía digital, es la metadata, sobre la que nos referimos más arriba y retomaremos en su momento, toda vez que en

¹⁷ Ley de propiedad intelectual, 17.336, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [fecha de consulta: 04-09-2014]

su interior podremos encontrar indicios que nos permitirán identificar al autor o al menos presumir la relación que existe entre una persona y una fotografía digital.

A esta metadata, en el transcurso de esta investigación le daremos un papel protagónico, ya sea como un elemento de prueba de la autoría de una fotografía digital o como una medida tecnológica de protección. Resulta necesario destacar esta tremenda herramienta, que es más o menos desconocida por legisladores, juzgadores e incluso fotógrafos quienes según entrevistas realizadas en el contexto de esta investigación, no la están considerando como un elemento de protección.¹⁸

Las medidas tecnológicas de protección, también han sido reguladas en convenios internacionales, la OMPI de esta forma ha considerado una serie de normas al respecto, tema sobre el que volveremos más adelante.

¹⁸ Por Ejemplo, Alejandro Hermosilla, en una entrevista realizada en el contexto de esta investigación señaló: La metadata tiene una función particular que no es de protección, se mal entendió, metadata significa “muchos datos”, cuando partió esto de la metadata, que lo recuerdo muy bien de hecho fui un pionero en esta escuela (Escuela de Fotografía del Instituto Profesional Arcos), fui uno de los pioneros en trabajar con “Lightroom”, que tenía una función justamente de que si alguien quería averiguar respecto de una fotografía que sube a la Web y quería saber qué origen tenía, sus características, su origen, su nombre, el país de que provenía, y de quién era el autor, podría encontrar esta información en los metadatos, pero por lo menos desde que tengo uso de razón jamás se me ha hablado del metadato como protección, sino que sencillamente como muchos datos, y segundo tiene una función para la propia biblioteca, para la propia recopilación del trabajo personal de uno, son tantos los volúmenes que uno hace su trabajo, que estos metadatos nos permiten encontrar nuestro trabajo de una forma más óptima y más rápida. Siento que esa es la función de la metadata, pero de protección no porque uno la puede quitar con software. Alguna persona que maneje Lightroom, “Photomechanic” o algún otro intérprete, tiene la posibilidad de modificar esos metadatos. Texto completo de la entrevista disponible en el Anexo, véase 0 D.- Entrevista a Alejandro Hermosilla p.234

CAPÍTULO I. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FOTOGRAFÍA DIGITAL

A. La fotografía digital como obra protegida por el derecho de autor

Aplicando el principio de equivalencia de soporte, establecido en la ley de firma y documento electrónico, a una fotografía digital le corresponde la misma protección que dispone el ordenamiento para una fotografía convencional, según establece la ley de derechos de autor 17.336, que garantiza la protección de una obra, por el solo hecho de su creación.

Esta ley salvo las excepciones que ella misma considera, otorga una serie de derechos morales y patrimoniales de forma primitiva al autor de una obra por toda la vida del autor, más 70 años desde su muerte. Adicionalmente, tratándose de la fotografía, se considera una excepción en favor de las empresas periodísticas, en el artículo 24 N° 1 letra d) que dispone: “La empresa periodística adquiere el derecho de publicar en el diario, revista o periódico en que él o los autores presten sus servicios, los artículos, dibujos, fotografías y demás producciones aportadas por el personal sujeto a contrato de trabajo, reteniendo sus autores los demás derechos que esta ley ampara.”¹⁹

También este artículo hace extensible esta excepción a las agencias noticiosas, y por otro lado el artículo 34, dispone una excepción para el caso de las fotografías realizadas por encargo mediante un contrato.

¹⁹ Ley 17.336 artículo 24, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> fecha de consulta [04-09-2014]

Así este artículo dispone: “Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24.

La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión del derecho exclusivo reconocido en este artículo.”²⁰

Fuera de los casos dispuestos por el legislador en los artículos anteriores, los derechos morales y patrimoniales que emanan de la creación de una fotografía por propiedad intelectual y derecho de autor corresponden al fotógrafo que realiza la toma.

Durante esta investigación revisaremos las formas de probar la vinculación de autoría que tiene una persona con una fotografía digital, lo que lo habilitará para entablar las acciones civiles y penales que la ley de propiedad intelectual y otros cuerpos normativos establecen para cautelar sus derechos.

B. El autor de una fotografía digital

Entendemos que se producirá un conflicto de intereses de relevancia jurídica cada vez que, una persona considere que un tercero realiza acciones u omisiones que redunden en el menoscabo o la privación de un

²⁰ Ley 17.336 artículo 34, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> fecha de consulta [04-09-2014]

derecho reconocido por el ordenamiento jurídico. En nuestro caso, nos ocuparemos de los conflictos asociados a las creaciones del intelecto humano, específicamente las fotografías digitales, por cuanto representan un buen ejemplo para analizar el comportamiento y eficacia de un sistema probatorio enfrentado a creaciones digitales.

Estimamos que la prueba de la autoría de una obra y la relativa a su aprovechamiento y explotación en un medio como el digital entraña desafíos no menores, los cuales no tenemos certeza que se hayan abordado suficientemente por el legislador y comprendidos por los operadores jurídicos. Siendo así, analizaremos la naturaleza de las fotografías digitales, los problemas que surgen a la hora de protegerlas por su autor y luego defender los derechos que de ella emanan, cuando son explotadas por terceros, y sobre todo como probar la relación de autoría que tiene con una obra.

El primer desafío está representado por la consideración de obra de una fotografía digital, porque de ello dependerá que sea considerada una obra susceptible de ser atribuida a un autor. Esto se hace más patente si consideramos el fenómeno de las nuevas tecnologías y la gran automatización que existe en la captura de una imagen digital; ello nos llama a preguntarnos si quien dirige el dispositivo hacia una escena y solo presiona un botón y realiza una captura de una imagen, sin siquiera en muchos casos participar aportando más técnica a la imagen que mover un

dedo, puede considerarse autor de una imagen (fotografía digital). Al respecto consideraremos las herramientas legales que nos permitan dilucidar esta cuestión:

En primer lugar, el Art. 20 de nuestro código civil dispone: “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.²¹”. Siguiendo esta norma, **autor**, de acuerdo al sentido natural y obvio de las palabras, conforme al diccionario de la real academia de la lengua española define al autor como:

“Autor, ra.

(Del lat. auctor, - ris).

1. m. y f. Persona que es causa de algo.

2. m. y f. Persona que inventa algo.

3. m. y f. Persona que ha hecho alguna obra científica, literaria o artística.

4. m. y f. En las compañías cómicas, hasta principios del siglo XIX, persona

21 Código Civil Chileno, disponible on-line <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776&r=3> [fecha de consulta: 04-09-2014]

que cuidaba del gobierno económico de ellas y de la distribución de caudales.

5. m. y f. Der. En el derecho penal, persona que comete el delito, o fuerza o induce directamente a otros a ejecutarlo, o coopera a la ejecución por un acto sin el cual no se habría ejecutado.”²²

Las acepciones 1 y 3 que transcribimos podrían llevarnos a considerar que es autor de la fotografía, la persona que “le ordena” a una cámara fotográfica efectuar un disparo y capturar una imagen en la medida de que es el causante de que la cámara fotográfica haya hecho la captura.

Entonces tenemos que distinguir dos cuestiones:

- 1) Si quien dispara una cámara fotográfica altamente automatizada, se puede considerar o no autor de la imagen capturada por su aporte de presionar un botón.
- 2) Si quienes hacen fotografías pueden ser considerados creadores de obras artísticas, siguiendo la tercera acepción del significado de autor del diccionario de la real academia de la lengua española.

Respecto a la primera cuestión, si atendemos a la acepción número 1 de la RAE, se hace patente la relación de causalidad, de forma que es innegable, que

²² Disponible on-line en: <http://lema.rae.es/drae/?val=autor> [fecha de consulta: 04-09-2014], el destacado es nuestro.

en la fotografía realizada por una cámara altamente automatizada, el “clic” de la persona es la causa de que la fotografía capturada exista, y deberíamos considerar que la persona que presiona el botón correspondiente es el autor.

En relación a la segunda cuestión, es una discusión que se ha dado fuertemente desde los comienzos de la historia de la fotografía y que ya ha sido zanjada²³ en el sentido de considerar a la fotografía como una obra artística.

También esta problemática ha sido objeto de preocupación de los tratados internacionales que regulan el Derecho de Autor. Así, “el TODA zanja la discusión acerca de la condición de obra artística de la fotografía”²⁴, disponiendo los mismos plazos de protección por el Derecho de Autor para la obra fotográfica, que para otras donde pocos discutirían la calidad de autor de quien las realiza, como una obra plástica, o una obra literaria.

Siguiendo con el esquema del Art. 20 del Código Civil, ahora revisaremos si existe una definición legal de autor. La ley 17.336, que protege a los derechos de autor en nuestro país, en su Art. 1° dispone que:

“La presente ley protege los derechos que, **por el solo hecho de la creación de la obra**, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los

23 Por ejemplo Susan Sontag en su ensayo “La Caverna de Platón”, nos muestra sin lugar a dudas que en la “la industrialización la fotografía alcanzó la plenitud del arte. Así como la industrialización confirió utilidad social a las operaciones del fotógrafo, la reacción contra esos usos reforzó la inseguridad de la fotografía en cuanto arte.” Véase Sontag, Susan “Sobre la fotografía” 2006, Santillana Ediciones (Alfaguara), México, primera edición, p.22

24 Lipszyc, Delia “Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos” 2004 Publisher París, Francia: UNESCO ; Bogotá, Colombia : CERLALC ; Buenos Aires, Argentina : Zavalia, 2004. p.137

dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.

El derecho de autor comprende los derechos patrimonial y moral, que protegen el aprovechamiento, la paternidad y la integridad de la obra.²⁵

Luego el Art. 3° de la misma ley dispone:

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

[...]Las fotografías, los grabados y las litografías;”²⁶

Como se puede apreciar, la ley protege los derechos por el solo hecho de creación, y luego protege especialmente a las fotografías. El profesor Santiago Schuster, en su cátedra de Derecho de Autor y Propiedad Intelectual, recurre al caso *Burrow Giles v. Sarony*, en el que se discutía sobre la utilización no autorizada de unas imágenes por la editorial Burrow Giles, que Sarony había realizado de Oscar Wilde. En la decisión judicial de la Corte, favorable a Sarony, se estableció que:

“Autor es “el originador” “el hacedor” de la obra.

1) La fotografía es una obra intelectual si ésta representa una concepción original del autor.

25 Ley 17.336, disponible on-line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336>
[Fecha de consulta: 04-09-2014] El destacado es nuestro.

26 *Ibidem*.

2) La originalidad en una fotografía puede apreciarse en la selección de todos los accesorios presentes en la fotografía, la manera de presentar al sujeto, la disposición de la luz y las sombras, la evocación de la expresión deseada.²⁷”

En una demanda en tramitación de un fotógrafo chileno a una agencia de noticias, se puede leer, que entre “las labores que cumple un fotógrafo profesional periodístico (...), se encuentra la de capturar la mayor cantidad de imágenes del hecho noticioso, posteriormente seleccionar las que reflejan de mejor forma la noticia y que cumplen con ciertos parámetros de calidad, enfoque, luminosidad entre otros aspectos técnicos, para finalmente efectuar en ellas la mínima edición”²⁸. Aplicándole los criterios de la jurisprudencia más arriba mencionada, no cabe duda que en su labor, se cumplen con los presupuestos de originalidad y por ende habrá de atribuírsele la calidad de obra a las fotografías digitales que obtenga este autor en su hacer fotográfico.

La ley de propiedad intelectual chilena, por el solo hecho de la creación de una obra, otorga los derechos morales y patrimoniales a sus autores, que “son derechos relacionados con el aprovechamiento, paternidad e integridad de la obra. Algunos derechos morales son: reivindicar la paternidad de la obra, asociándole el nombre o seudónimo del autor; oponerse a toda modificación sin su

27 Schuster, Santiago, “Burrow-Giles v. Sarony, apuntes de clases, resumen sentencia” disponible on-line en: https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D127C0516/2/material_docente/objeto/640335 [Fecha de consulta: 04-09-2014] (Requiere Login)

28 Abarca Correa, Gustavo, abogado, Escrito de Demanda, ROL C-16669-2012, en trámite en el 12° Juzgado Civil de Santiago.

consentimiento; mantener la obra inédita, y autorizar a terceros a terminar una obra inconclusa. Algunos derechos patrimoniales son: publicación de la obra, adaptación de la misma a otro género, reproducción por cualquier procedimiento y distribución mediante venta”.²⁹ En nuestro caso, centraremos nuestra atención en la prueba de la relación de autor que tiene una persona con una determinada obra, con el fin de que este pueda hacer valer los derechos que le han sido otorgados por la ley.

C. Determinación del autor de una fotografía digital

Uno de los principales problemas de la fotografía digital es la dificultad de probar la titularidad de derechos por sus autores, especialmente considerando que “hoy en día la reproducción de las obras intelectuales, mediante el uso de las nuevas tecnologías, se hace muy fácilmente y sin costos. Las copias que se realizan, ya sean de un original o de otra copia, son perfectas y su distribución a cualquier lugar del mundo se puede realizar en forma inmediata por Internet sin ningún costo.”³⁰

Una norma que es creada por un legislador, no puede estar inspirada más que en la realidad cultural, social y tecnológica que tiene una nación en un determinado momento; la norma viene a cubrir una necesidad social de la época

29 Ley Fácil, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible on-line en: <http://www.bcn.cl/guias/propiedad-intelectual> [Fecha de consulta: 04-09-2014]

30 Fernández Delpech, Horacio, “MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL EN INTERNET - LOS ACTOS ELUSIVOS - LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA ELUSIÓN”, Córdoba, Argentina 2006, Disponible on-line en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf> [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.2

en la que se dicta. Si la norma no es lo suficientemente neutra tecnológicamente hablando, está destinada a perecer con el desaparecimiento de la tecnología para la que fue concebida.

Una interesante discusión se abre en relación a una presunción legal del Art. 34 de la ley 17.336, que se relaciona con la caducidad de los conceptos legales a las nuevas tecnologías, que dispone: “Artículo 34.- Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24.

La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión del derecho exclusivo reconocido en este artículo.³¹

Este artículo junto con declarar que los derechos de exponer, reproducir, publicar y vender las fotografías (también las fotografías digitales), corresponden exclusivamente al fotógrafo, desarrolla una presunción legal de cesión de derechos, en favor de la persona a quien se le cedan los negativos, o del medio análogo de reducción de la fotografía (el original). “Con la entrega del negativo había una manifestación de voluntad de no seguir explotando la fotografía, porque

31 Ley 17.336, art. 34, disponible on-line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [Fecha de consulta: 04-09-2014] El destacado es nuestro.

entregó el original”³². El profesor Santiago Shuster, entiende que para que opere esta presunción, se requiere de un ánimo de desprendimiento de la obra, una manifestación de voluntad de no seguirla explotando. El problema surge con la fotografía digital, ya que la ley no nos entrega mayores luces respecto de lo que podemos entender por el “medio análogo de reducción de la fotografía”, ya que definitivamente en una fotografía digital, no contamos con un negativo, frente a un original donde se reduzca la fotografía. “En la práctica con relación a los fotógrafos, se entiende que el original de la fotografía es el que se guarda en un archivo “Raw”, o en archivo “jpg” en alta resolución, en los computadores o herramientas de almacenamiento de los fotógrafos.”³³

32 Shuster, Santiago, Apuntes de Clases cátedra Derecho de Autor y Propiedad Intelectual, clase 22 de octubre de 2012, Universidad de Chile, apuntado por Hans von Marttens.

33 Zamora Delgado, Alena, directora ejecutiva Sociedad de Gestión Colectiva CREAMAGEN, en entrevista realizada con fecha 26 de noviembre de 2012, en el marco de esta investigación, disponible en anexo en A Entrevista a Alena Zamora p.205

Opción	Tipo de archivo	Descripción
NEF (RAW)	NEF	Los datos RAW del sensor de imagen se almacenan directamente en la tarjeta de memoria en el formato electrónico de Nikon (NEF). Utilice esta opción para las imágenes que va a transferir a un ordenador para imprimirlas o procesarlas.
TIFF (RGB)	TIFF (RGB)	Graba imágenes TIFF-RGB sin comprimir a una profundidad de 8 bits por canal (color de 24 bits). El formato TIFF es compatible con una amplia gama de aplicaciones de procesamiento de imágenes.
JPEG buena	JPEG	Registra imágenes JPEG con una relación de compresión de aproximadamente 1:4 (calidad de imagen buena).*
JPEG normal		Registra imágenes JPEG con una relación de compresión de aproximadamente 1:8 (calidad de imagen normal).*
JPEG básica		Registra imágenes JPEG con una relación de compresión de aproximadamente 1:16 (calidad de imagen básica).*
NEF (RAW)+ JPEG buena	NEF/ JPEG	Se registran dos imágenes, una imagen NEF (RAW) y una imagen JPEG de alta calidad.
NEF (RAW)+ JPEG normal		Se registran dos imágenes, una imagen NEF (RAW) y una imagen JPEG de calidad normal.
NEF (RAW)+ JPEG básica		Se registran dos imágenes, una imagen NEF (RAW) y una imagen JPEG de calidad básica.

* Con la opción **Prioridad al tamaño** seleccionada para **Compresión JPEG**.

Ilustración 1

La consideración en la práctica por los fotógrafos profesionales, tampoco nos ayuda mucho a resolver este problema, toda vez que si consultamos el manual de una cámara fotográfica profesional, archivos Raw y archivos Jpg, aparecen como distintas opciones que puede escoger un fotógrafo para almacenar una fotografía, en relación a la compresión y dimensiones del archivo digital, como se puede apreciar en la tabla de más arriba.³⁴

Nuevamente tomando la demanda de un fotógrafo chileno a una agencia de noticias que señalamos antes, podemos ver que al respecto en la demanda, se considera que este “artículo supone la entrega del negativo o soporte donde se encuentra la foto (memory stick en caso de fotografías digitales), es decir, un

34 Manual del Usuario, cámara digital Nikon D300s, disponible on-line en http://www.nikonusa.com/pdf/manuals/dslr/D300S_ES.pdf [fecha de consulta: 04-09-2014]

desprendimiento de la obra.”³⁵

En esta cuestión toma especial relevancia el Art. 20 del código civil, y finalmente por medio análogo de reducción de una fotografía digital, tendremos que entenderlo en su “*sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras*”³⁶, por lo que tendrá que hacerse un análisis por parte del juez competente caso a caso y cobrará especial relevancia entonces el pronunciamiento del tribunal al respecto, en la demanda en trámite en comento.

En definitiva, la determinación del autor de una fotografía digital, sobre todo considerando las presunciones de la ley no es una tarea sencilla, ya que muchos de los conceptos considerados por nuestro legislador, han experimentado una caducidad tecnológica. En el desarrollo de esta investigación, revisamos diferentes herramientas o medios de prueba, que nos ayudaran en la determinación de quién es el autor de una determinada fotografía digital.

D. Usos de la fotografía en la ley 17.336 (formas de aprovechamiento de una fotografía digital)

Como señalamos antes, la ley de propiedad intelectual, dispone que el creador de una obra (fotógrafo en nuestro caso), por el solo hecho de su creación adquiere una serie de derechos morales y patrimoniales respecto de su trabajo.

35 Abarca Correa, Gustavo, abogado, Escrito de Demanda, ROL C-16669-2012, en trámite en el 12° Juzgado Civil de Santiago.

36 Código Civil Chileno, art. 20, disponible on-line <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha de consulta: 04-09-2014]

En este título, centraremos nuestra atención en los derechos patrimoniales y para ello nos basaremos en los materiales de apoyo del curso “Derechos de autor y propiedad intelectual”, impartido por el profesor Santiago Schuster en la Universidad de Chile.

Al respecto, conforme a la ley, el derecho patrimonial del fotógrafo “es el derecho de autorizar el uso de la obra”³⁷, ya sea a título gratuito u oneroso. Así, el artículo 20 de la ley de propiedad intelectual, dispone: “Artículo 20.- Se entiende, por autorización el permiso otorgado por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, **para utilizar la obra de alguno de los modos y por alguno de los medios que esta ley establece.**

La autorización deberá precisar los derechos concedidos a la persona autorizada, señalando el plazo de duración, la remuneración y su forma de pago, el número mínimo o máximo de espectáculos o ejemplares autorizados o si son ilimitados, el territorio de aplicación y todas las demás cláusulas limitativas que el titular del derecho de autor imponga. (...)

A la persona autorizada no le serán reconocidos derechos mayores que aquellos que figuren en la autorización, salvo los inherentes a la misma según su naturaleza.³⁸

³⁷ Schuster, Santiago, Diapositivas curso “Propiedad Intelectual y derechos de autor”, disponible on-line en https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D127C0516/2/material_docente/bajar?id_material=640328 (requiere usuario y login) [fecha de consulta: 04-09-2014]

³⁸ Ley 17.336, art. 20, disponible on-line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [Fecha de consulta: 04-09-2014] El destacado es nuestro.

Esta norma establece que la autorización debe ser específica respecto de alguno de los medios (o usos) que la ley establece y que no se le reconocerán a la persona autorizada mayores derechos que los que figuren en la autorización. Del tenor de la norma entendemos que esta autorización se debe dar por escrito.

De esta forma, si una persona es demandada por atribuírsele un uso no autorizado de una fotografía digital y quiere demostrar que realizó un uso legítimo contando con la autorización respectiva, deberá probar exhibiendo el instrumento en donde consta dicha autorización. Creemos por el principio de equivalencia de soportes (que será revisado más adelante), que esta autorización podría constar incluso en un documento electrónico como un e-mail.

Los usos o medios de los que habla el artículo 20, han sido definidos en distintas partes de la ley (como por ejemplo en el artículo 18³⁹), doctrina y tratados internacionales, y que en general se dividen en cuatro tipos de usos:

³⁹ Art. 18. Sólo el titular del derecho de autor o quienes estuvieren expresamente autorizados por él, tendrán el derecho de utilizar la obra en alguna de las siguientes formas:

- a) Publicarla mediante su edición, grabación, emisión radiofónica o de televisión, representación, ejecución, lectura, recitación, exhibición, y, en general, cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro;
- b) Reproducirla por cualquier procedimiento;
- c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción, y
- d) Ejecutarla públicamente mediante la emisión por radio o televisión, discos fonográficos, películas cinematográficas, cintas magnetofónicas u otro soporte material apto para ser utilizados en aparatos reproductores de sonido y voces, con o sin imágenes, o por cualquier otro medio.
- e) La distribución al público mediante venta, o cualquier otra transferencia de propiedad del original o de los ejemplares de su obra que no hayan sido objeto de una venta u otra transferencia de propiedad autorizada

por él o de conformidad con esta ley.

Con todo, la primera venta u otra transferencia de propiedad en Chile o el extranjero, agota el derecho de distribución nacional e internacionalmente con respecto del original o ejemplar transferido. – Artículo 18 ley 17.336 disponible on-line en : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [Fecha de consulta: 05-09-2014]

- a) Reproducción.
- b) Distribución.
- c) Transformación.
- d) Comunicación Pública.

La **reproducción** es la posibilidad de realizar copias de una obra, se nos ocurren tres ejemplos de formas de realizar la reproducción de una fotografía digital.

- 1) Realizar copias del documento electrónico que contiene una fotografía, por ejemplo la autorización de la copia de una fotografía digital desde una tarjeta de memoria a un ordenador.
- 2) La descarga desde internet de una imagen y la consecuente reproducción de la misma en un disco duro.
- 3) La realización de impresiones de una fotografía digital.

Creemos que atendido a la exigencia de especificidad de la autorización, cada uno de los usos con que ejemplificamos la reproducción, debería ser autorizado por separado, por ejemplo, si solo se me autoriza a descargar una imagen de internet, puedo solamente realizar de forma legítima esa operación y no estaría autorizado por ejemplo a imprimir dicha imagen, cuestión que debe tener clarísimo el usuario de una fotografía digital

para evitar caer en usos no autorizados.

La ley de propiedad intelectual, define a la **distribución** como:

“q) Distribución: la puesta a disposición del público del original o copias tangibles de la obra mediante su venta o de cualquier otra forma de transferencia de la propiedad o posesión del original o de la copia.”⁴⁰

Por ejemplo alguien que se hace de las copias de una fotografía digital, ya sea del documento electrónico o de una impresión física de la fotografía, podría vender dichas copias al público en general.

Creemos que el uso que realizan los bancos de imágenes como www.upi.cl, www.efe.com, www.agenciauno.cl y www.gettyimages.com que compran imágenes a fotógrafos y luego la venden a medios de prensa y al público en general son actos de distribución, de forma que estos sitios Webs o empresas deberían resguardarse obteniendo autorizaciones de los autores en este sentido.

Por otro lado la **transformación** es definida como “todo acto de modificación de la obra, comprendida su traducción, adaptación y cualquier otra variación en su forma de la que se derive una obra diferente.”⁴¹

Los ejemplos en este sentido se disparan, ya que cualquier tipo de obra

⁴⁰ Artículo 5° letra q ley 17.336 disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [Fecha de consulta: 04-09-2014]

⁴¹ Ibídem.

podría estar basada en una fotografía, tales como una pintura, una obra literaria, una escultura, etc.

Un ejemplo de transformación propio de la fotografía digital, es la manipulación de fotografías digitales con técnicas de laboratorio digital, con las que se podría intervenir la imagen de tal forma, que el resultado de ello podría ser considerado una obra totalmente nueva.

Cabe destacar, que el autor de esta nueva obra mediante la transformación requiere de la autorización del titular de los derechos de propiedad intelectual de la obra primitiva.

La ley define a la **comunicación pública** como “todo acto, ejecutado por cualquier medio o procedimiento que sirva para difundir los signos, las palabras, los sonidos o las imágenes, actualmente conocido o que se conozca en el futuro, por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin distribución previa de ejemplares a cada una de ellas, incluyendo la puesta a disposición de la obra al público, de forma tal que los miembros del público puedan acceder a ella desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.”⁴²

En esta definición la ley incluye a dos formas distintas de realizar la comunicación pública, esto es la comunicación pública propiamente tal y por

⁴² Artículo 5° letra v ley 17.336 disponible on-line en : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [Fecha de consulta: 04-09-2014]

otro lado la puesta a disposición.

Un ejemplo de comunicación pública de una fotografía digital, podría ser la inclusión en una exposición en una sala de arte, la emisión de las imágenes vía televisión, la inclusión de fotografías en una película que se exhibe en el cine.

La **puesta a disposición**, es una forma de comunicación pública que está relacionado con Internet, ejemplos ya conocidos por todos de este tipo de usos son los sitios www.youtube.com y www.netflix.com que permiten a los usuarios acceder en el momento que ellos deseen a contenidos on-line que pueden “reproducir” desde internet en sus dispositivos, pero sin hacerse de una copia del archivo, es decir, pueden acceder a los contenidos en el momento que ellos lo deseen, pero no pueden guardar una copia de forma local en la memoria de sus dispositivos. Este tipo de uso de una fotografía, podría ser realizado en un sitio Web que permitiera a los visitantes ver en pantalla algunas imágenes en exposición, pero sin la posibilidad de copiarla o imprimirla, con el uso de alguna medida tecnológica de protección que impida estas operaciones.

La enumeración de ejemplos que hemos realizado no es totalizadora ni mucho menos taxativa, de seguro una fotografía digital puede tener innumerables usos y en la medida de que se descubran nuevas tecnologías pueden ir surgiendo nuevos, lo importante es que hay que tener en

consideración siempre, que las autorizaciones en materia de propiedad intelectual son específicas, y quien desee probar que ha realizado un legítimo uso de una imagen digital, deberá probar que se encontraba específicamente autorizado. Frente a la duda, siempre es mejor obtener la aclaración por escrito del autor indicando que el uso que se pretende realizar se encuentra cubierto por la autorización.

CAPÍTULO II. LA PRUEBA DE LA AUTORÍA DE UNA FOTOGRAFÍA DIGITAL

A. La Prueba

El ordenamiento jurídico chileno entrega una serie de mecanismos de protección de los derechos que posee el autor de una obra intelectual. Por el solo hecho de la creación de una obra, su autor pasa a ser titular de una serie de derechos patrimoniales y morales en virtud de lo dispuesto por la ley de propiedad intelectual n°17.336.

Para efectos de esta investigación, partiremos de la premisa que una fotografía digital es una obra digital, luego, si es una obra, entonces debería estar protegida por la ya mencionada ley, entregando a su titular derechos morales y patrimoniales respecto de esta.

Para que la protección que entregue la ley a las fotografías digitales, tenga alguna efectividad, primero que todo debemos poder vincular al autor de una fotografía digital con su obra, es decir debemos ser capaces de **acreditar o “probar” la relación autor-obra.**

El profesor Cristian Maturana, repasa una serie de definiciones doctrinarias de que se entiende por “la prueba” para el Derecho Procesal, tales como:

- i) “La prueba es un medio de verificación de las proposiciones

que los litigantes formulan en juicio⁴³”, desde el interés de nuestra investigación, será la afirmación o verificación de la relación de autoría de una fotografía digital.

ii) “La prueba es la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes, certeza que en unos casos se derivará del convencimiento razonado del mismo juez y en otros de las normas legales que fijarán los hechos⁴⁴”.

iii) “La prueba es el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo⁴⁵”.

Luego realiza una formulación propia y señala que “la prueba es el conjunto de actos procesales que se realizan en el proceso para los efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de la existencia de ciertos hechos afirmados por las partes cuyo conocimiento es necesario para la solución justa de un conflicto⁴⁶”.

Siguiendo la definición del profesor Maturana, entonces la prueba de la autoría en la fotografía digital sería **el conjunto de actos procesales, que se realizan en el proceso para efectos de permitir al tribunal alcanzar la verdad acerca de la calidad de autor que alega una de las partes, en un juicio con el**

⁴³ MATURANA M., Cristian, “Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo La teoría General de la Prueba.”, Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2012, apunte 05081 p.134

⁴⁴ MONTERO A., Juan. La prueba en el proceso civil. Editorial Civitas 1996, p.31

⁴⁵ GUASP, Jaime Derecho Procesal Civil. Edición 1998. Civitas. P. 301

⁴⁶ MATURANA M., Cristian, “Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo La teoría General de la Prueba.”, Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile, Santiago 2012, apunte 05081 p.134

objeto de beneficiarse de derechos emanados de la condición de autor de una fotografía digital.

B. La evolución de la prueba y la prueba de los soportes digitales

El profesor Maturana, distingue cinco etapas en la evolución histórica de la prueba:

- i) una etapa étnica o primitiva,
- ii) una etapa religiosa o mística,
- iii) una etapa legal,
- iv) una etapa sentimental,
- v) Además extrapola el porvenir con una etapa científica.

Revisemos sucintamente estas etapas. En la etapa primitiva, “las pruebas se encontraban entregadas fundamentalmente a las impresiones personales (...) constituye la prueba esencialmente el delito flagrante”.⁴⁷ En la etapa mística o religiosa, las pruebas tenían un carácter divino, las ordalías gozaban de la virtud de proveer de un convencimiento puramente formal. Como un notable avance, en la etapa legal, utilizando las costumbres justinianas y siguiendo instrucciones del Papa, los canonistas elaboran una serie de reglas probatorias, y se introduce una prueba legal o tasada, la “ley no sólo fija los medios de prueba, sino además el

⁴⁷ Maturana Miquel, Cristian, “Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo La teoría General de la Prueba.”, Apuntes Facultad de Derecho p.137

grado de fuerza de cada uno; y en el cual se considera la confesión como reina de las pruebas, de manera que hacen esfuerzos por obtenerla a toda costa, por la tortura o la question (tormento) cuando así era requerido”⁴⁸. Este sistema subsiste hasta el siglo XVIII en los ordenamientos de Europa continental, y se sustituye por el principio de libre convicción del juez, este sistema de libre convicción, es lo que el profesor Cristian Maturana denomina la “etapa sentimental”, ya que pasamos de una prueba rígida, a “un sistema de apreciación judicial libre de acuerdo a la íntima convicción del juez, el que no se encuentra ligado por las leyes reguladoras de la prueba para la apreciación de los hechos.”⁴⁹ El autor opina que el porvenir está en la prueba científica, “cuya prueba por excelencia es la labor pericial y que no pretende establecer solo los hechos (...), sino explicarlo de modo metódico, mediante resultados experimentales.”⁵⁰

El juez entonces no podrá alcanzar la libre convicción, sino que será ilustrado por un perito que le explicará las razones científicas, por las que estima que acaeció cierto hecho, alcanzando de esta forma el juez, algo similar a la certeza dentro de las posibilidades del desarrollo científico.

Surge entonces un especial interés en estudiar el **rol de los peritos en la prueba relacionada a la determinación del autor en una fotografía digital**, y

⁴⁸ Francois Gorpe. De la apreciación de las pruebas Pag. 9. Ediciones Jurídicas Europa América. 1955, citado por Maturana Miquel, Cristian, “Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo La teoría General de la Prueba.”, Apuntes Facultad de Derecho Universidad de Chile p.139

⁴⁹ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.139

⁵⁰ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.140

los posibles problemas que podría llegar a generarse debido a la gran influencia respecto de la decisión judicial que podría llegar a tener la opinión de un perito, cuestión que será retomada más adelante.

C. La prueba tecnológica

Al igual que el profesor Cristian Maturana, los autores españoles Eduardo de Urbano Castrillo y Vicente Magro Servet, advierten esta evolución de la prueba e intentan elaborar un concepto de “Prueba Tecnológica”⁵¹, a través de lo que plantean como una “superación de la prueba tradicional o clásica”, superación que observan se ha ocurrido en la práctica legislativa española, en donde la prueba ha mutado de un “sistema cerrado y tremendamente formalista” a un sistema abierto que a través de reformas legales que además de modernizar la enumeración de medios de prueba, optó por un sistema probatorio abierto, a través de la inclusión de una cláusula final abierta en la LECiv⁵² para medios de prueba que existan en el presente o en el futuro, reemplazando el antiguo sistema de *numerus clausus*.

Si bien estos autores no elaboran una definición de prueba tecnológica, se aproximan al concepto a través de la caracterización de la misma, para ello comienzan revisando la naturaleza de estos medios, ubicándola en la categoría de los instrumentos⁵³, ya que el juez puede por ejemplo reproducir directamente una

⁵¹ VÉASE De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente “La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil.”, Editorial Aranzadi, SA, Navarra 2003

⁵² Ley de enjuiciamiento Civil, cuerpo normativo que regula el proceso civil español.

⁵³ En contraposición a la categoría de medios de prueba que el juez percibe directamente por sus sentidos, véase De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente “La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil.”, Editorial Aranzadi, SA, Navarra 2003 pp.39-44

grabación de una cámara de seguridad, captándolo por sus sentidos, al igual que podría examinar un instrumento como la copia de un contrato. Además ubica a la prueba tecnológica, en la categoría de prueba documental, ya que la considera como documentos electrónicos, estos son “aquellos generados por y a través de un medio automatizado y pueden además estar memorizados en dispositivos susceptibles de ser leídos por los mismos.”⁵⁴

Estos autores ubican como posterior a la prueba científica (peritos) a la prueba tecnológica. “Desde luego, la recepción por el derecho de las novedades técnicas y científicas, se realiza en el proceso, a través de la prueba (...) ello conduce obligadamente, a cuestionar si los sistemas de valoración clásicos, en particular las <<reglas de la sana crítica>> son suficientes para el tratamiento de esta nueva realidad.”⁵⁵

El profesor Cristian Maturana por su parte circunscribe a estos medios de prueba que los autores españoles identifican como prueba tecnológica, a una categoría más amplia que denomina “los modernos medios de prueba”⁵⁶, categoría compuesta por todos aquellos medios de prueba que han surgido con posterioridad a la dictación del código de procedimiento civil, de forma que se incluyen cuestiones que no necesariamente cumplan la calidad de documentos

⁵⁴ Arrieta, Raúl; Canelo, Carola; Moya, Rodrigo; Romo, Rodrigo; “El Documento Electrónico. Aspectos procesales”, Revista Chilena de Derecho Informático, N°4, Santiago de Chile, 2004, , disponible on-line en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10674/10952> [Fecha de consulta: 04-09-2013]

⁵⁵ De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente “La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil.”, Editorial Aranzadi, SA, Navarra 2003 p. 41

⁵⁶ Véase MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.551

electrónicos como por ejemplo una fotocopia. “Las normas que nos rigen sobre prueba de obligaciones se originaron, hace 230 años, en el Tratado de las Obligaciones de Pothier, del cual pasaron al Código Civil Francés y luego al nuestro, con muy pocas variaciones. Esas normas, junto con las reglas del Código de Procedimiento Civil, han dado lugar a extensa jurisprudencia y múltiples obras de doctrina.”⁵⁷

Por otro lado el autor Francisco González Hoch, al hacer un análisis de la prueba de las obligaciones y la firma electrónica, identifica que en nuestra legislación se ha regulado al documento electrónico, por lo que incluye a la prueba tecnológica, en la categoría de los instrumentos al igual que la doctrina española.⁵⁸

Nuestra legislación, define a los documentos electrónicos en forma amplia como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”⁵⁹. Una fotografía digital, al ser una imagen creada y almacenada por medios electrónicos, se enmarca en la definición que da la ley de documento electrónico de forma que debería tratarse en nuestra legislación como un documento (instrumento), cuestión sobre la que volveremos más adelante.

⁵⁷ GONZÁLEZ H., Francisco, "La prueba de las obligaciones y la firma electrónica", Revista Chilena de Derecho Informático, N°2, 2003, Universidad de Chile, Santiago de Chile, disponible on-line en <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10647/11375> [Fecha de Consulta: 04-09-2014]

⁵⁸ Véase González H., Francisco, op. Cit. [Fecha de Consulta: 04-09-2014]

⁵⁹ Ley de Firma y Documento Electrónico 19.799, artículo 2°, Letra d, disponible on-line en http://www.leychile.cl/Consulta/Exportar?radioExportar=Normas&exportar_formato=pdf&nombreachivo=LEY-19799_12-ABR-2002&exportar_con_notas_bcn=True&exportar_con_notas_originales=True&exportar_con_notas_al_pie=True&hddResultadoExportar=196640.2007-11-12.0.0%23 [Fecha de Consulta: 04-09-2014]

La doctrina investigada tiene el común denominador de dar un tratamiento a estas pruebas en las que intervienen medios electrónicos, de instrumentos, de forma que estos al menos como medio de prueba tendrán una gran importancia a la hora de probar la autoría de una fotografía digital. Consideramos que el concepto elaborado por la doctrina española de Prueba Tecnológica, satisface las particularidades de una fotografía digital, concepto que acuñamos y hacemos parte en esta investigación, y que conforme a las caracterizaciones que hacen los autores Eduardo Urbano Castrillo y Vicente Magro Servet, a la definición que hace nuestra ley de documento electrónico y a las definiciones que hace de prueba el profesor Cristian Maturana, para nosotros la prueba tecnológica de una fotografía digital serán **“aquellos instrumentos que contengan la representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior, que puedan ser utilizados en un litigio para efectos de permitir al juzgador alcanzar la verdad acerca de la calidad de autor que alega una de las partes, en un juicio con el objeto de beneficiarse de derechos emanados de la condición de autor de una fotografía digital.”**

D. La carga de la prueba

La carga de la prueba es una solución legislativa que prevé “cómo debe resolver el juez en el supuesto en que la falta de pruebas deja incierta la hipótesis sobre un hecho jurídicamente relevante; siempre teniendo en cuenta que el

ordenamiento normativo veda al juez la posibilidad de pronunciar un *non liquet*⁶⁰

Estas reglas de la carga de la prueba, serán entonces la última herramienta a la que un juez deberá acudir para resolver el asunto, cuando las pruebas o son inexistentes, o contradictorias con el mismo peso, de forma que no se pudo formar una convicción respecto de quién es el legítimo autor de una obra fotográfica que se reclama en juicio. La necesidad de aplicar las reglas de la carga de la prueba “se puede presentar en cualquier procedimiento cuyo objeto sea una decisión que aplique una norma general a un caso particular, pues de permanecer la incertidumbre sobre los hechos concretos alegados (...) el juez –que no puede dejar de fallar- necesitará saber cuál es la solución que se deriva del ordenamiento jurídico para esa hipótesis, y a tal solución podrá llegar, justamente, a través de la regla relativa de la carga de la prueba. Por tal razón, señala ROSENBERG, no es la presión ejercida sobre la actividad procesal de las partes lo que constituye el punto esencial de la carga de la prueba, sino la instrucción dada al juez sobre el contenido de la sentencia que debe emitir en caso de no probarse una afirmación de hecho relevante”⁶¹. Se pretende que frente a una incertidumbre probatoria, el juez no falle arbitrariamente, sino a través de una instrucción entregada previamente por el legislador.

Presentado ante el juez el problema de determinar judicialmente quién es el autor de una fotografía digital, existe un conflicto de relevancia jurídica que no

⁶⁰ TERRASA, Eduardo, “Cargas Probatorias Dinámicas”, Editorial EGACAL, Lima 2013, ISBN:: 978-612-302-938-8 p.9

⁶¹ TERRASA, Eduardo, Op. Cit. (2013, ISBN:: 978-612-302-938-8) p.21-22

puede dejar de resolver, “cuando las partes recurren al tribunal es para obtener la solución de un conflicto que no puede ser resuelto a través de la autotutela y respecto del cual la ley prohíbe o no se ha logrado su solución mediante la autocomposición. Cuando, se recurre a la jurisdicción para la resolución de un conflicto dentro del debido proceso, sea este civil o penal, lo que se está requiriendo del tribunal es que aplique la ley abstracta y general en un caso determinado.”⁶²

Para el caso en que no se haya podido comprobar en las oportunidades procesales respectivas la autoría de una fotografía digital en Chile, consideramos relevantes como reglas de carga de la prueba el artículo 1698 del Código Civil Chileno (que contiene la regla general de la carga de la prueba en Chile) y el artículo 8° de la ley de propiedad intelectual que invierte la carga de la prueba en algunos casos.

Por una parte el artículo 1698 del Código Civil Chileno dispone:

“Art. 1698: Incumbe probar las obligaciones o extinción al que alega aquéllas o ésta.

Las pruebas consisten en instrumentos públicos o privados, testigos, presunciones, confesión de parte, juramento deferido, e inspección personal del

⁶² MATURANA Miquel, Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 251

juez.”⁶³

En este caso, nacen obligaciones respecto de un eventual demandado en un juicio por el uso no autorizado de una fotografía, por ejemplo en favor del pretendido autor de una fotografía digital, quien reclamará la existencia de la obligación, será el pretendido autor, de modo que a quien le correspondería probar la autoría de una fotografía digital, sería según la regla del 1698 **el pretendido autor de la obra**. “Cuando existe incertidumbre acerca de un hecho jurídicamente relevante, la regla de la carga de la prueba funciona como una directiva auxiliar que le indica al juez la solución que el ordenamiento jurídico prevé implícita o mediatamente para ese caso. Con ello se descarta que el juez tenga el poder de elegir discrecionalmente el contenido de su decisión cuando se encuentra en esa situación de duda pues no está ante una laguna normativa”⁶⁴

Existe sin embargo una presunción en la ley de propiedad intelectual en el artículo 8° que invierten esta carga de la prueba para los casos en que la fotografía estuviera firmada digitalmente, así el artículo 8° de esta ley presume autor de la fotografía a quien aparezca como firmante de la misma, salvo prueba en contrario. Claramente resulta ilógico que el pretendido titular de una fotografía digital realizara esta actividad probatoria en contrario, de forma que le correspondería probarlo al demandado por el uso no autorizado de la fotografía

⁶³ Código Civil, Artículo 1698, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha de consulta: 04-09-2014]

⁶⁴ Terrasa, Eduardo, “Cargas Probatorias Dinámicas”, Editorial EGACAL, Lima 2013, ISBN:: 978-612-302-938-8 p.28

digital.

Ciertamente la aplicación de las reglas de la carga de la prueba para la determinación de la autoría de una fotografía digital será la última opción y podría redundar en un fallo injusto, denegando la autoría a una determinada persona que en los hechos podría haber sido el legítimo titular de la obra, por no haber desplegado adecuadamente la prueba en el transcurso del procedimiento o bien por no disponer de un modo de probar su autoría. Si bien esta solución parece injusta, al menos resuelve el problema que el juez determine de forma arbitraria la autoría, ya que no lo hará mediante su capricho, sino a través de la determinación legal de la misma.

“La regla de la carga de la prueba no tiene por objeto determinar la “existencia” jurídica de los hechos.

No se trata de una regla de la prueba, por cuanto no “fija” el fundamento de hecho de la decisión. Con ella, por tanto no se disipa la incertidumbre fáctica, ni siquiera a través de una reconstrucción legal del hecho, como ocurre con la prueba tasada, sino que, por el contrario se obtiene un pronunciamiento sobre el mérito a pesar de esa incertidumbre.”⁶⁵

Si bien estamos conscientes de la existencia de las doctrinas de la carga dinámica de la prueba, que incluso pudiera llegar a ser la regla una vez que entre en vigencia la reforma procesal civil, no la analizaremos en esta investigación, ya

⁶⁵ TERRASA, Eduardo, Op. Cit. (2013, ISBN:: 978-612-302-938-8), p.37-38.

que esta doctrina pone de cargo la prueba en aquella parte que está en una mejor posición de probar y creemos que en la mayoría de los casos, quién estará en mejor posición para probar la autoría de una fotografía será el autor de la misma, de forma que no tendrá mayor incidencia práctica el cambio de la regla del artículo 1698 del Código Civil por una regla de una carga de la prueba dinámica.

E. La valoración de la prueba

Recordemos que el profesor Cristián Maturana definía a la prueba como “el acto o serie de actos procesales por los que se trata de convencer al juez de la existencia o inexistencia de los datos lógicos que han de tenerse en cuenta en el fallo”, es decir la actividad probatoria busca influir en el juez, a fin de que éste alcance el grado de convicción suficiente para fallar a favor de la pretensión de una de las partes.

El juez debe realizar un esfuerzo por **valorar** las pruebas que le rinden para descartar aquellas fraudulentas o contradictorias. Es así como la valoración de la prueba, es entendida por Jordi Nieva como la “actividad de percepción por parte del juez de los resultados de la actividad probatoria que se realiza en el proceso (...) incluidas como actividades conjuntas, tanto la extracción de esos resultados como el juicio racional del juez sobre dicha percepción”⁶⁶, constituye la actividad procesal tendiente a valorar las distintas evidencias que constan en el proceso.

⁶⁶ NIEVA F., Jordi, “La valoración de la prueba”, Marcial Pons, Madrid 2010, ISBN: 978-84-9768-757-7, p.34

El juez, no siempre contará con las destrezas y conocimientos técnicos que le permitan justipreciar las pruebas o evidencias en donde prime la utilización de tecnologías ya sea en la producción del bien a probar o en la pre-constitución de la prueba. Este es el caso de un archivo digital que contiene una fotografía, a vía de ejemplo, donde el juez tendrá que solicitar la opinión de un experto para pronunciarse al respecto, es decir, para valorar adecuadamente dicha prueba, deberá apoyarse en peritos. Este “debe estarse muy atento a obtener explicaciones y conclusiones científicas, particularmente asépticas, esto es, propiciar que esta prueba se realice de modo singularmente imparcial (ya por expertos libres de toda sospecha de interés o dependencia de alguna de las partes, ya contando con dos o más dictámenes científicos).”⁶⁷, toda vez que la opinión solicitada a un perito pueda ser de tal envergadura que en resumidas cuentas la decisión recaiga exclusivamente sobre la opinión del experto. A modo de ejemplo en el caso de la determinación de la paternidad con pruebas de ADN, el juez no podrá más que dar por probada la paternidad frente a un examen de este tipo, cumpliendo el perito casi un rol de "juez", cuestión que se puede tornar sumamente peligrosa a la hora de encontrarnos frente a un perito parcial, siendo de mucha utilidad que existan herramientas para que los jueces puedan **valorar** adecuadamente la opinión entregada por un especialista, tema sobre el que volveremos más adelante al referirnos a la valoración de la prueba pericial.

⁶⁷ De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente “La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil.”, Editorial Arazandi, SA, Navarra 2003, p. 41

i. Sistemas de valoración de la prueba

"Los sistemas de valoración de la prueba como su nombre lo indica están destinados básicamente a determinar el valor de un medio determinado de prueba; pero además, se refieren a la exigencia de acreditar un hecho mediante un específico medio de prueba; la exclusión de un medio de prueba para los efectos de acreditar un hecho; y la valoración comparativa entre los diversos medios de prueba rendidos".⁶⁸

La doctrina ha elaborado una serie de distinciones, siendo la más importante la que divide entre los sistemas de valoración de la prueba legales apriorísticos y extrajudiciales, en donde las directrices para valorar la prueba son entregadas ex-ante por el legislador, y por otro lado los sistemas de valoración judicial o a posteriori, en donde el juez, valora la prueba subjetivamente en un caso en particular, realizando un análisis racional para poder apreciar las pruebas.

Couture, identifica tres principios de valoración de la prueba: las pruebas legales (en donde anticipadamente el legislador emite normas de eficacia de los medios de prueba), la sana crítica (que el juez se remite a los criterios de lógica y de experiencia) y la libre convicción.

"No obstante esta destacada opinión, debemos señalar que en general en la doctrina se ha reconocido la existencia de dos sistemas de valoración de la prueba: **El sistema de la prueba legal o tasada**, en la que el legislador en forma

⁶⁸ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Clt. (2012, apunte 05081), p.340

previa, general y abstracta determina el valor que el tribunal debe otorgar a los medios de prueba para la determinación de los hechos, y **el sistema de la prueba racional o de libre apreciación de la prueba**, en la que es el juez quien determina en cada caso concreto el valor de las diversas pruebas rendidas en el proceso para formar su convicción”⁶⁹

1. El sistema de la libre o íntima convicción

Este sistema tiene por objeto conducir a un acercamiento hacia la verdad, teniendo el juez absoluta libertad para apreciar la prueba, no estando sometido a ningún procedimiento ni reglas de valoración, consecuentemente no se encuentra obligado a fundamentar sus decisiones, ni cómo ha adquirido convicción acerca de los hechos. Este sistema ha sido duramente criticado por la doctrina, toda vez que puede llegar a fallar por apreciaciones demasiado subjetivas, y deja al juzgado, sin la posibilidad de saber siquiera porque el juez fallo en tal o cual sentido. Esto también dificultará la revisión por parte de un tribunal superior jerárquico respecto de la decisión del inferior toda vez que este no debe fundamentar la apreciación realizada, estaríamos por ejemplo en el caso de la valoración de una prueba sobre la autoría de una fotografía digital, en un gran problema, ya que no tendríamos ninguna forma de calificar si la valoración de la prueba fue adecuada o no, sobre todo considerando que es un asunto sumamente técnico este tipo de prueba. “El

⁶⁹ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Clt. (2012, apunte 05081),p.341

máximo peligro de un sistema de íntima convicción viene dado por la posibilidad del juez de condenar aun cuando no existan pruebas suficientes, al extremo de poderse afirmar que la convicción del juez llegaba a suplantar pruebas al condenar sin las mismas”.⁷⁰

2. Sistema de la prueba legal o tasada

En este sistema el objetivo de la prueba, es la búsqueda de una verdad formal. El legislador genera una serie de reglas de valoración para efectos de que el juez pueda discriminar una prueba en favor de otra, según instrucciones previamente establecidas, “sólo se persigue que a través del proceso se llegue a una verdad suficiente acerca de cómo acaecieron los hechos, aun cuando el tribunal no adquiera la convicción plena de cómo éstos ocurrieron por la aplicación de las normas preestablecidas por el legislador. En este caso se puede decir que el juez alcanza una certeza histórica legal respecto de los hechos.”⁷¹

En la prueba de la autoría digital, en el escenario de un sistema de prueba legal o tasada, tendremos que dar preferencia a aquel medio probatorio que la ley le asigne mayor peso, para la obtención de un resultado probatorio favorable, cuestión que analizaremos más adelante.

3. Sistema de la sana crítica

El sistema de sana crítica se sitúa entre la prueba libre y la prueba legal, en

⁷⁰ MATURANA B., Javier. “Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba”. Tesis de grado. P. 101

⁷¹ MATURANA M., Cristian, op.cit.. (2012, apunte 05081 p.345)

donde tendremos a un juez que no valorará las pruebas de forma completamente subjetiva, pero tampoco tendrá unas normas de valoración rígidas pre establecidas por el legislador, siguiendo a Maturana, “lo que caracteriza al sistema de la sana crítica es la obligación del juez de utilizar criterios racionales y no normas legales preestablecidas específicas para la valoración de cada medio de prueba, debiendo emplear en esa misión la razón y criterios racionales como los son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y **los conocimientos científicamente avanzados**”⁷²; por otro lado “Couture sostiene que la doctrina no ha sido muy explícita al momento de dar un concepto sobre qué son las reglas de la sana crítica y, por su parte, la jurisprudencia ha señalado que dichas reglas no son sino **el sentido común, la experiencia de la vida, la perspicacia normal de un hombre juicioso y reposado**”⁷³.

En la determinación del autor de una fotografía digital, en los casos que nos corresponda valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, jugará un gigantesco rol la capacidad del juez de contar con conocimientos científicos y/o técnicos afianzados respecto de las huellas electrónicas que puedan existir en el archivo que se analiza y que puedan ayudar en la determinación del autor de una fotografía digital. Normalmente, un juez tendrá que acudir a algún experto

⁷² MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081 p.346), el resaltado es nuestro.

⁷³ CÁRDENAS D. Marjorie “La motivación de las sentencias como un elemento de la sana crítica y el recurso de casación en el fondo”, Departamento de Estudios, Consejo de Defensa del Estado de Chile, disponible on-line en http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/4c137b85-40d3-4790-9ffc-14deb6c5fa4a/Rev+24_8+Informes+juridicos+La+motivacion+de+las+sentencias+como+un+elemento+de+la+sana+critica+y+el+recurso+de+casacion+en+el+fondo.pdf?MOD=AJPERES [fecha de consulta 04-09-14], el resaltado es nuestro

independiente que aporte ese conocimiento, es decir deberá apoyarse en peritos en esta labor. En este caso, lo que habrá de apreciar el juez es el informe del perito y en base a ello formar su convicción y elaborar sus conclusiones. Dicho en otros términos, “debe estarse muy atento a obtener explicaciones y conclusiones científicas, particularmente asépticas, esto es, propiciar que esta prueba se realice de modo singularmente imparcial (ya por expertos libres de toda sospecha de interés o dependencia de alguna de las partes, ya contando con dos o más dictámenes científicos).”⁷⁴, toda vez que la opinión solicitada en estos casos puede ser de tal envergadura que en resumidas cuentas la decisión recaiga exclusivamente sobre la opinión del experto, cumpliendo casi un rol de "juez" el perito, cuestión que se puede tornar sumamente peligrosa a la hora de encontrarnos frente a un perito parcial, siendo de mucha utilidad que existan herramientas para que los jueces puedan **valorar** adecuadamente la opinión entregada por un especialista, tema sobre el que volveremos más adelante al referirnos a la valoración de la prueba pericial.

ii. La valoración de la prueba en Chile y su aplicación al tema de esta investigación

El problema que nos convoca en esta investigación, la prueba de la autoría de una fotografía digital, podría plantearse en al menos tres tipos de procedimiento

⁷⁴ De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente “La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil.”, Editorial Arazandi, SA, Navarra 2003, p. 41

distintos: 1.- en un procedimiento civil, por ejemplo mediante la exigencia del pago de los derechos patrimoniales derivados de la propiedad intelectual que detente un autor respecto de una obra; 2.- en un juicio penal, cuando se persigue algún delito contra la propiedad intelectual o; 3.- incluso en un procedimiento laboral, en los casos en que las partes estén ligadas mediante un contrato de trabajo, de forma que a continuación pasaremos revista a que sistema de valoración se aplica en estos tres procedimientos y cómo estos se relacionan con la prueba de la autoría, para la realización de esta tarea, seguiremos el análisis que hace el profesor Cristian Maturana de los sistemas de valoración consagrados en Chile.⁷⁵

1. Sistema probatorio en el procedimiento civil Chileno

El profesor Cristian Maturana, plantea que en materia civil, en Chile asistimos a un sistema de prueba legal o tasada con algunas atenuaciones, ya que el legislador "establece, en algunas normas, la aplicación de otros sistemas para paliar la rigidez de éste"⁷⁶. Nuestra legislación civil, establece mediante leyes reguladoras de prueba, los diversos medios de prueba, la oportunidad en que se deben rendir las pruebas, el proceso de cómo se deben rendir y la forma en como el tribunal debe apreciarlas.

Los medios de prueba que pueden ser utilizados en un procedimiento civil en

⁷⁵ Véase MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081)

⁷⁶ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.362

Chile para demostrar los hechos en un juicio, son establecidos en forma taxativa por los artículos 1698 del Código Civil y 341 del Código de Procedimiento Civil.

Respecto a la oportunidad en que las partes pueden utilizar los medios de prueba, esto es establecido para cada procedimiento, por ejemplo en el juicio ordinario las partes deberán ofrecer la prueba en la oportunidad establecida en el Art. 320 del Código de Procedimiento Civil y deberán rendirla dentro del término probatorio del artículo 340 del mismo cuerpo legal.

El tribunal hasta antes de oír sentencia, de oficio podrá disponer la realización de las diligencias probatorias que la ley señala en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil, esto son las medidas para mejor resolver, dentro de las que se encuentra la agregación de informes de peritos y la agregación de cualquier documento que estimen necesario para esclarecer el derecho de los litigantes.

El procedimiento que debe seguirse por las partes para rendir prueba también es una cuestión regulada en el Código de Procedimiento Civil, así por ejemplo, para probar la titularidad de una fotografía digital, podremos hacerlo con instrumentos privados (como podría ser el mismo documento electrónico que sirve de soporte para la fotografía digital), y el documento se debe acompañar en caso que emane de un tercero con citación. Por otro lado si emana de las partes se acompaña con conocimiento y bajo el apercibimiento del Art. 345 N°3 del Código de procedimiento civil, en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del

término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia, luego si se requiere debatir sobre la autenticidad del mismo, se deberá hacer mediante un incidente (Arts. 348 a 355 del CPC).

Respecto a la valoración de la prueba, también se establece un sistema de prueba legal o tasada de forma que el legislador previamente asigna el valor probatorio que deberá tener cada medio de prueba, así por ejemplo, respecto al valor probatorio que debe dársele a los instrumentos privados (como sería el caso del documento que contiene a una fotografía digital), si este emana de la parte, y no es reconocido o es mandado a tener por reconocido en los términos del Art. 346 del código de procedimiento civil, no tiene valor probatorio alguno, si es reconocido o mandado a tener por reconocido tendría el mismo valor probatorio que un instrumento público respecto de las partes que lo han reconocido o lo han mandado a tener por reconocido. El profesor Cristian Maturana, señala que para el caso de los instrumentos privados emanados de terceros, la jurisprudencia ha considerado que para que estos tengan valor probatorio en juicio, es indispensable que los emisores de estos documentos, declaren en juicio como testigos reconociendo los mismos, dando fe de la autenticidad de los mismos y de su contenido, si no son ratificados por el otorgante, carecen de valor probatorio.

También está regulado para los procedimientos civiles como los tribunales deben efectuar la valorización comparativa de diversos medios de prueba existentes en el proceso, es decir le entrega una pauta al juez para descartar

distintos medios de prueba contradictorios entre sí.⁷⁷

Agotadas las pautas otorgadas por la ley, el juez deberá realizar una valorización comparativa de los medios de prueba para dar por establecidos los hechos; así el Art. 428 del Código de Procedimiento Civil, se pone en el caso de que existan dos pruebas contradictorias de igual valor probatorio, en que la ley no haya resuelto el problema de forma expresa, teniendo que el juez preferir a la que crea más conforme a la verdad, entendida esta expresión de la ley por Maturana y la jurisprudencia, como un llamado para que estos problemas en donde las pautas otorgadas por las leyes de procedimiento civil no fueron suficientes, los jueces resuelvan conforme a la sana crítica, “lo que caracteriza al sistema de la sana crítica es la obligación del juez de utilizar criterios racionales y no normas legales preestablecidas específicas para la valoración de cada medio de pruebas, debiendo emplear en esa misión la razón y criterios racionales como los son los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y **los conocimientos científicamente afianzados**”⁷⁸.

El artículo 428, viene a ser una norma de clausura que pone a la sana crítica como un sistema subsidiario a la prueba legal o tasada para los casos en que el legislador no haya resuelto previamente como valorar determinadas pruebas contradictorias, reiteramos lo expresado en relación a la importancia que tomarán los peritos en la prueba de la autoría de la fotografía digital, que el perito que

⁷⁷ Véase MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.363

⁷⁸ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.346, el resaltado es nuestro.

revise la fotografía sea lo más imparcial posible y la importancia de que el juez pueda mirar de forma crítica los informes entregados por el perito.

Nuestro legislador en los procedimientos civiles, ha considerado una serie de normas de fuga del procedimiento de prueba legal o tasada, a un procedimiento de sana crítica, por ejemplo en los casos que pudieran tener aplicación en la prueba de la autoría de una fotografía digital, el caso del Art. 428 ya citado, en los juicios de mínima cuantía (Art. 724 Código de Procedimiento Civil), el Art. 425 del CPC que se refiere a los casos en que deba valorar dictámenes de peritos, lo hará en virtud de la sana crítica y los Arts. 384 N°3 y 5 del CPC respecto de la prueba testimonial contradictoria, el juez decidirá respecto a lo que “parezca verdad”, es decir nuevamente valorará conforme a las reglas de la sana crítica.

En la valoración de la prueba de la autoría de la fotografía en un procedimiento civil, atendido al carácter sumamente técnico que puede tener el probar la autoría de la fotografía, es muy probable que debamos consultar a un perito, por tanto es muy posible que la prueba que comience a ser valorada a través de una prueba legal y tasada se abra paso y sea valorada a través de la sana crítica, cuestión que retomaremos en el análisis de los medios de prueba en particular.

Lo importante a tener en cuenta es que hay que en un procedimiento civil debemos estar muy atentos a las pautas y oportunidades que entrega la ley para demostrar la autoría de una fotografía digital.

Es muy importante considerar, que en el proyecto de código procesal civil chileno, se está barajando la posibilidad de acoger las reglas de valoración de la prueba de la sana crítica, lo que está en conformidad con los nuevos procesos laborales y civiles chilenos, en los que el legislador ha optado por este método de valoración de la prueba.⁷⁹

Para finalizar haremos referencia a las normas especiales de la ley de derechos de autor y propiedad intelectual para el procedimiento civil que dicen relación con la prueba.

El artículo 85 I de la ley de propiedad intelectual, dispone:

“En los procedimientos civiles, el tribunal podrá ordenar a el o los presuntos infractores a esta ley, la entrega de toda información que posean respecto a las demás personas involucradas en la infracción, así como todos los antecedentes relativos a los canales de producción y distribución de los ejemplares infractores.

El tribunal podrá aplicar multas de 1 a 20 unidades tributarias mensuales a aquellos que se nieguen a entregar dicha información.”⁸⁰

Este artículo le da una facultad al juez para invertir la carga de la prueba en los casos de que haya más de una persona involucrada en una supuesta

⁷⁹ Véase Lira O., Cristóbal, “La Sana Crítica como Criterio de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil”, Memoria para Obtener el Grado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago 2002.

⁸⁰ Artículo 85 letra I ley 17.336 disponible on-line en : <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [Fecha de consulta: 04-09-2014]

infracción a la ley de propiedad intelectual. Por otro lado el artículo 85 J de dicha ley, establece que se procederá breve y sumariamente en los casos en que se discutan derechos provenientes de la ley de propiedad intelectual y derecho de autor.

2. Sistema probatorio en el proceso laboral Chileno

El sistema procesal en materias laborales en Chile, se regula especialmente por la ley 20.087, y se basa en los principios de oralidad, publicidad, concentración, inmediación, impulso procesal de oficio, celeridad, buena fe, bilateralidad y gratuidad⁸¹, en lo que no sea contrario a estos principios, se rige supletoriamente por los libros I y II del Código de Procedimiento Civil.

El Art. 456 de la ley 20.087 dispone en su primera parte:

“Artículo 456.- El tribunal apreciará la prueba conforme a las reglas de la sana crítica.⁸²”

No cabe duda que el sistema probatorio vigente en el sistema procesal laboral Chileno, es el sistema de la sana crítica. En esta disposición además el legislador exige al juez fundamentar su decisión y define lo que entiende por sana crítica, así el juez **“deberá expresar las razones jurídicas y las simplemente**

⁸¹ Principios consagrados en el art. 425 de la ley 20.087

⁸² Art. 456 ley 20.087 sobre procedimiento laboral, el resaltado es nuestro disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=245804> [fecha de consulta: 04-09-2014]

lógicas, científicas, técnicas o de experiencia, en cuya virtud les asigne valor o las desestime. En general, tomará en especial consideración la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión de las pruebas o antecedentes del proceso que utilice, de manera que el examen conduzca lógicamente a la conclusión que convence al sentenciador.^{83,}

Esta decisión legislativa es armónica con los procedimientos de oralidad, publicidad, concentración e intermediación en el que está basado el proceso laboral Chileno.

Cabe destacar que en el caso de las fotografías digitales en los procesos laborales chilenos, por disposición de los artículos 24 y 34 de la ley 17.336 de Derecho de Autor, se establece una serie de presunciones que tendrá que tener en consideración el juez del trabajo.^{84 85}

⁸³ Ibídem.

⁸⁴ Artículo 24.- En el caso de las obras que a continuación se señalan regirán las normas siguientes:

(...)

c) En diarios, revistas y otras publicaciones periódicas:

1) La empresa periodística adquiere el derecho de publicar en el diario, revista o periódico en que él o los autores presten sus servicios, los artículos, dibujos, fotografías y demás producciones aportadas por el personal sujeto a contrato de trabajo, reteniendo sus autores los demás derechos que esta ley ampara.

(...)

2) Tratándose de producciones encomendadas por un medio de difusión a personas no sujetas a contrato de trabajo, aquél tendrá el derecho exclusivo para su publicación en la primera edición que se efectúe después de la entrega, a menos que hubiere sido encargada expresamente para una edición posterior. Transcurrido el plazo correspondiente, el autor podrá disponer libremente de ellas.

d) A las Agencias Noticiosas e Informativas les será aplicable lo dispuesto en la c) respecto de los artículos, dibujos, fotografías y demás producciones protegidas por esta ley. Artículo 24 de la ley 17.336, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [fecha de consulta: 04-09-2014]

⁸⁵ Artículo 34.- Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del

Cuando exista un contrato de trabajo con un fotógrafo para una publicación u agencia noticiosa, éstas adquieren el derecho de publicar las imágenes al menos en la primera edición, de forma que tendrá que tener en cuenta estas disposiciones el juez a la hora de enfrentarse a un asunto en donde se discuta la autoría de una fotografía digital. Si bien no dicen relación con la prueba autoría, sino más bien con una autorización para publicar las imágenes, esto redundaría en efectos patrimoniales, por lo que hacemos la prevención en esta parte de su existencia, ya que como el juez apreciará la prueba mediante la sana crítica, podría utilizar a estas disposiciones como un rector en su juicio lógico para determinar quién es el autor de una fotografía digital, o incluso podrían jugar estas normas el rol de una presunción.

3. Sistema probatorio en el proceso penal Chileno

Nuestro legislador en materia de documentos electrónicos se ha pronunciado a través de la dictación de la ley de documento y firma electrónica 19.799, ley que en su artículo primero consagra como uno de los principios de la ley, el principio de equivalencia de soporte electrónico al soporte de papel, que como su nombre lo indica, consiste básicamente en que tendrá la misma validez legal un documento soportado en un papel, que un documento contenido en un documento

artículo 24.

La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión del derecho exclusivo reconocido en este artículo. Ley 17.336, Art. 36, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [fecha de consulta: 04-09-2014]

electrónico, “este principio impone reconocer iguales efectos al acto o contrato que consta en medios electrónicos a los que tendría si constara en otros medios tradicionales. Su aplicación no es más que la materialización del principio de igualdad ante la ley y su objetivo es la no discriminación en relación a los soportes, en cuanto a los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria”⁸⁶, evidenciando que el legislador chileno, entiende al documento como una “representación de cosas o hechos sin que importen ni la materialidad del elemento usado para representar ni la forma de representación”.⁸⁷

De modo que igualmente se pueden cometer delitos por el uso indebido de fotografías digitales. La ley de propiedad intelectual chilena, en su capítulo segundo, párrafo segundo, dedica una serie de disposiciones a las faltas y delitos contra la propiedad intelectual, por ejemplo,

“Artículo 79. Comete falta o delito contra la propiedad intelectual:

- a) El que, sin estar expresamente facultado para ello, utilice obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18.”⁸⁸

⁸⁶ ARRIETA, Raúl; Canelo, Carola; Moya, Rodrigo; Romo, Rodrigo; “El Documento Electrónico. Aspectos procesales”, Revista Chilena de Derecho Informático, N°4, Santiago de Chile, 2004, (disponible on-line en http://web.uchile.cl/vignette/derechoinformatico/CDA/der_informatico_simple/0,1493,SCID%253D15836%2526SID%253D567%2526PRT%253D15830,00.html [Fecha de consulta: 04-09-2014]) punto 2.5

⁸⁷ ARRIETA, Raúl, Et.Al. op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] punto 2.1

⁸⁸ Artículo 79 de la ley 17.336, disponible on-line en

En general son delitos contra la propiedad intelectual los usos no autorizados, las conductas usurpatorias y las falsificaciones de obras protegidas por la propiedad intelectual. La misma ley otorga una serie de acciones mediante las que se puede pedir el cese de la conducta ilícita del infractor, una indemnización patrimonial y la publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costas del infractor, un rol importante juegan una serie de medidas precautorias dispuestas por la ley de propiedad intelectual.

Claramente para accionar en contra de un usurpador de una obra de propiedad intelectual, primero que todo habrá que probar que quien acciona es el legítimo titular de los derechos conferidos por la ley 17.336, es decir se deberá probar o la relación de la autoría con respecto a la fotografía digital, o bien que era el legítimo titular de los derechos mediante una autorización o una licencia.

En nuestro actual proceso penal, el sistema probatorio que rige en general es la sana crítica. Así el artículo 297 dispone en su primera parte que “los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.”⁸⁹, hace aplicable mediante una definición de la sana crítica este sistema a los procesos penales, luego la ley dispone una serie de exigencias que debe contener la sentencia respecto de la fundamentación de como valoró el

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [fecha de consulta: 04-09-2014]

⁸⁹ Artículo 297, Código Procesal Penal, disponible on-line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0> [fecha de consulta: 04-09-2014]

tribunal cada medio de prueba.

Reiteramos que en la determinación del autor de una fotografía digital, en los casos que nos corresponda valorar la prueba de acuerdo a las reglas de la sana crítica, jugará un gigantesco rol la capacidad del juez de contar con conocimientos científicos y/o técnicos afianzados respecto de las huellas electrónicas que puedan existir en el archivo que se analiza y que puedan ayudar en la determinación del autor de una fotografía digital y la necesidad de contar con un perito imparcial, cuestión a la que ya nos referimos previamente.

CAPÍTULO III. LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR A LA ACREDITACIÓN DE LA AUTORÍA DE UNA FOTOGRAFIA DIGITAL

En este capítulo analizaremos los medios de prueba en particular que nos permitirán acreditar la autoría de una fotografía digital. La pregunta que no podemos dejar de hacer es ¿con qué medios podríamos probar la autoría de la fotografía digital?; Como ya revisamos anteriormente, en Chile conviven distintos sistemas de valoración de la prueba. Nos encontramos en general con sistemas de prueba legal o tasada y sistemas de sana crítica.

En los procedimientos regulados por el sistema de prueba legal o tasada, podremos probar con los medios expresamente regulados al respecto en la ley de procedimientos respectiva (en la mayoría de los casos el código de procedimiento civil). En cambio, en los procedimientos en donde se valoren las pruebas según la sana crítica, el catálogo de medios de prueba disponible se dispara, y podríamos probar sin ningún problema mediante el uso de algún archivo digital.

En los procedimientos de prueba legal o tasada, se nos genera un problema a abordar, respecto de si es lícito o no probar la autoría de una fotografía digital, utilizando para ello un archivo digital, ya que estaremos limitados por las pautas y los medios probatorios que expresamente considere la ley, como es el caso de los procedimientos regulados por nuestro actual código de procedimiento civil, cuyas “normas (...) se originaron, hace 230 años, en el Tratado de las Obligaciones de

Pothier, del cual pasaron al Código Civil Francés y luego al nuestro, con muy pocas variaciones.”⁹⁰

Por muy visionario que haya sido Pothier se encontraba limitado por los adelantos tecnológicos de su época, de manera que en el catálogo de medios de prueba que ideó, difícilmente pudo haberse anticipado a avances tecnológicos que incluso hace 20 años atrás eran inimaginables, como por ejemplo la posibilidad de almacenar una fotografía en un archivo digital. La doctrina en general, y la legislación “clásica”, instituyen como medios de prueba a los instrumentos, testigos, confesión de parte, inspección personal del tribunal, informe o dictámenes de peritos y presunciones, enumeración que es coincidente con nuestro código de procedimiento civil. Frente a esta enumeración, pasaremos revista a los medios de prueba considerados en nuestro ordenamiento civil, para revisar en cuál de ellos podemos enmarcar a la fotografía digital.

Maturana reconoce la existencia de distintas doctrinas respecto de los medios de prueba, cuyo “objeto es resolver el problema consistente en saber si los medios de prueba que enumera el legislador pueden ser ampliados con otros que no se han contemplado por este, pero que responden a los avances que día a día nos ofrece la ciencia creando nuevos medios destinados a facilitar la demostración e investigación de los hechos que configuran el conflicto en el proceso.”⁹¹ Enumera a las corrientes legalista, analógica y libre o discrecional.

⁹⁰ GONZÁLEZ H., Francisco, Op.Cit. [Fecha de Consulta: 04-09-2014]

⁹¹ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081, p. 406)

La doctrina legalista o de la prueba legal, considera que los medios de prueba sólo pueden ser establecidos por el legislador, por tanto solo a él le corresponde modificarlos, y de presentar un avance tecnológico no considerado primitivamente por la ley, como la enumeración es taxativa, la única forma de poderlo presentar en juicio como un medio de prueba, sería a través del reconocimiento expreso legal previo.

En la otra esquina, se encuentra la doctrina del sistema de la Prueba Libre o Discrecional, en que se deja en libertad al juez el admitir u ordenar las pruebas que considere aptas para la formación de su convencimiento, esta doctrina, dice relación con los sistemas de valoración de sana crítica.

Los defensores del sistema analógico, sostienen que la prueba es taxativa en cuanto al género y no a la especie, de forma que los nuevos medios de prueba tecnológicos como una fotografía digital, “serán admisibles si ellos guardan analogía o son asimilables a los señalados por el legislador.⁹²”.

Cabe destacar que en Chile, la ley de documento y firma electrónica, considera un principio de equivalencia del soporte electrónico al soporte de papel en su artículo primero, de forma que sería aplicable esta doctrina de los medios de prueba del sistema analógico, por lo menos respecto de los documentos electrónicos. “Por ello, para cumplir los objetivos de eficiencia que deben imperar en la aplicación de la Ley, ésta debe integrarse cuidadosamente con las normas

⁹² MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081, p. 408)

existentes, sin pretender que la sola novedad del soporte tecnológico conlleve dejar de lado reglas jurídicas de probada utilidad.”⁹³

En los siguientes párrafos, revisaremos los medios de prueba considerados en particular en nuestro ordenamiento civil, revisando si a la luz de la doctrina del sistema analógico de los medios de prueba, un documento electrónico que contiene a una fotografía digital, tiene cabida en Chile para probar la autoría de la misma.

A. Los instrumentos como prueba de la titularidad de las fotografías digitales

Para probar la autoría de una fotografía digital, debemos contar con los medios probatorios adecuados para poder demostrar la vinculación que tiene el autor de la fotografía digital con su obra. Una buena opción, podría ser por ejemplo probar con la fotografía en sí, o mejor dicho con el archivo digital que sirve de soporte a la fotografía. En muchos procedimientos, por ejemplo en el procedimiento civil chileno, en el que impera un sistema de valoración de la prueba a través de prueba legal o tasada, no podemos escoger a nuestro arbitrio que medios de prueba utilizar, sino que estamos limitados por el catálogo de medios de prueba que entrega el legislador de antemano, y tendremos que abstenernos de probar por todos aquellos medios no admitidos por la ley. Como ya

⁹³ GONZÁLEZ H., Francisco, Po. Cit. [fecha de consulta: 04-09-2014]

anticipamos, consideramos que una fotografía digital, puede ser considerada un instrumento, de forma que a continuación revisaremos las razones que nos llevan a esta consideración.

Lo primero que debemos preguntarnos antes de incluir a las fotografías digitales dentro del género “instrumentos”, es cómo se definen. Maturana basándose en una serie de disposiciones legales, plantea que en nuestro ordenamiento jurídico, se han hecho sinónimos a las expresiones instrumentos y documentos⁹⁴, de forma que pondremos entonces atención a las definiciones que se han dado de documento por la doctrina y nuestra ley para ver si las fotografías digitales tienen cabida entonces dentro de la expresión documento.

En el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define a documento como:

“Documento.

(Del lat. *documentum*).

1. m. Diploma, carta, relación u otro escrito que ilustra acerca de algún hecho, principalmente de los históricos.

2. m. **Escrito en que constan datos fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo.**

⁹⁴ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081, p. 411)

3. m. desus. Instrucción que se da a alguien en cualquier materia, y particularmente aviso y consejo para apartarle de obrar mal.

~ auténtico.

1. m. Der. El que está autorizado o legalizado.

~ privado.

1. m. Der. El que, autorizado por las partes interesadas, pero no por funcionario competente, prueba contra quien lo escribe o sus herederos.

~ público.

1. m. Der. El que, autorizado por funcionario para ello competente, acredita los hechos que refiere y su fecha.”⁹⁵

Maturana, siguiendo a Couture define a documento en un sentido amplio como “todo objeto normalmente escrito, en cuyo texto se consigna o representa alguna cosa apta para esclarecer un hecho o se deja constancia de una manifestación de voluntad que produce efectos jurídicos.”⁹⁶ Por otro lado, “CHIOVENDA se refiere a él en un sentido amplio y señala que se trataría de “toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento”.⁹⁷ Parte de la doctrina nacional, considera que

⁹⁵ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 22ª Edición, disponible on-line en <http://lema.rae.es/drae/?val=documento> [Fecha de consulta: 04-09-2014] el destacado es nuestro.

⁹⁶ MATORANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081, p. 412)

⁹⁷ Arrieta, Raúl; Et. Al., Op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 84

nuestra ley mira a los instrumentos desde un punto de vista restrictivo y llegan a identificar a los documentos, exclusivamente como aquellos escritos que están soportados en un papel, “FIGUEROA es muy claro en sistematizar las distintas concepciones que existen en torno al documento, señalando que existiría una estructural, que lo entendería como “un objeto en el que se exteriorizan algunas cosas o hechos mediante signos permanentes y materiales del lenguaje”. En virtud de la cual sólo sería una “representación de cosas o hechos sin que importen ni la materialidad del elemento usado para representar ni la forma de representación”⁹⁸. En el caso de la segunda concepción doctrinal identificada por Figueroa, entonces no sería importante el soporte en el que se encuentre el documento, mirando más bien al contenido de la representación y no a la materialidad utilizada para representar los hechos o las cosas, de forma que por ejemplo un documento electrónico, podría perfectamente ser considerado un instrumento.

Como en nuestro procedimiento civil, existe un sistema de prueba legal o tasada, podrá ser al menos discutible el hecho de que el documento electrónico que contiene a una fotografía digital sea considerado un instrumento y en consecuencia como un medio de prueba válido para la prueba de la autoría de la fotografía digital, a menos de que exista una habilitación legal expresa que nos permita incluir a dichos archivos como un medio de prueba en un juicio normado por la prueba legal o tasada.⁹⁹

⁹⁸ *Ibíd*em

⁹⁹ En los sistemas de sana crítica, este asunto perderá relevancia y quedará al criterio del juez el determinar

“De una parte, se podría pensar que la rigidez propia de un sistema de prueba legal no admitiría la utilización de los documentos electrónicos y exigiría que el legislador se pronunciara incorporando expresamente dichos documentos en la enumeración de los medios probatorios. Sin embargo, esta opción no está exenta de críticas, ya que el reconocimiento expreso del documento electrónico, modificando el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil, alteraría las categorías tradicionales de los medios de prueba, y ello significaría complicar aún más su correcta comprensión, dando pie a pensar que los documentos electrónicos tienen un estatuto jurídico propio, cuando precisamente lo que se pretende es comprobar que son y vale lo mismo que los documentos en papel, independiente de la diferencia de soportes.”¹⁰⁰

Nuestro legislador en materia de documentos electrónicos se ha pronunciado a través de la dictación de la ley de documento y firma electrónica 19.799, ley que en su artículo primero levanta como uno de los principios de esta ley, el principio de equivalencia de soporte electrónico al soporte de papel, que como su nombre lo indica, consiste básicamente en que tendrá la misma validez legal un documento soportado en un papel, que un documento contenido en un documento electrónico, “este principio impone reconocer iguales efectos al acto o contrato que consta en medios electrónicos a los que tendría si constara en otros medios tradicionales. Su aplicación no es más que la materialización del principio de

tanto la procedencia de admitirlo como medio de prueba, como el valor que le asignará a este documento electrónico para poder probar la autoría de una fotografía digital.

¹⁰⁰ ARRIETA, Raúl; et. At., Op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 92

igualdad ante la ley y su objetivo es la no discriminación en relación a los soportes, en cuanto a los efectos jurídicos, validez o fuerza obligatoria”¹⁰¹, evidenciando que el legislador chileno, entiende al documento como una “representación de cosas o hechos sin que importen ni la materialidad del elemento usado para representar ni la forma de representación”¹⁰².

Nuestra ley de firmas y documentos electrónicos, ha definido a estos últimos como “toda representación de un hecho, imagen o idea que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos y almacenada de un modo idóneo para permitir su uso posterior”, mientras que la doctrina ha dicho que “los documentos electrónicos propiamente tales son aquellos generados por y a través de un medio automatizado y pueden además estar memorizados en dispositivos susceptibles de ser leídos por los mismos”¹⁰³. La definición legal ha establecido tres requisitos copulativos para que estemos frente a un documento electrónico, estos serían:

- i) Que estemos en presencia de una representación de un hecho imagen o idea.
- ii) Que sea creada, enviada, comunicada o recibida por medios electrónicos.

¹⁰¹ ARRIETA, Raúl; et. Al., Op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 88

¹⁰² Arrieta, Raúl; ; et. Al., Op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 82

¹⁰³ Arrieta, Raúl; et. Al., Op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 86

iii) Que sea almacenada por y a través de un medio automatizado en un dispositivo de susceptibles de ser leído por los mismos.

Revisemos entonces si una fotografía digital cumple con estos tres requisitos para confirmar que nos encontramos en presencia de un documento electrónico.

i) Una fotografía digital claramente es la representación de una imagen, también incluso si atendemos a su contenido podría ser la representación de un hecho o una idea, de forma que cumple de forma abundante este requisito.

ii) Una fotografía digital es creada por medios electrónicos (una cámara digital que a través de un sensor digital, convierte a la luz en una secuencia de datos binario), que posteriormente incluso puede ser enviado o comunicado por medios electrónicos, de forma que el segundo de los requisitos también es cumplido por una fotografía digital.

iii) Una fotografía digital, luego de ser capturada mediante algún medio digital, es almacenado en una tarjeta de memoria o algún otro medio electrónico similar, para luego ser reproducida en algún otro medio electrónico o bien impresa en papel, de forma que también cumple con el tercer requisito que establece la definición de documento electrónico de nuestra ley 19.799

Como revisamos en los puntos anteriores, no cabe ninguna duda de que una fotografía digital, o mejor dicho, el archivo digital que contiene a la misma, cumple con las exigencias establecidas por la ley para ser considerado un documento electrónico.

Esto en consideración del principio de equivalencia de soporte de la ley de firma electrónica y de algunas disposiciones expresas del código de procedimiento civil que reconocen a los documentos electrónicos como medios de prueba, como es el caso del número 6 del artículo 342 que dispone:

“Art. 342. Serán considerados como instrumentos públicos en juicio, siempre que en su otorgamiento se hayan cumplido las disposiciones legales que dan este carácter:

(...)

6. Los documentos electrónicos suscritos mediante firma electrónica avanzada.”¹⁰⁴

El artículo 348 bis, que dispone ciertas reglas procedimentales una vez presentado un documento electrónico.

Superado el obstáculo de si una fotografía digital, es admisible como instrumento en un procedimiento civil, corresponde revisar el valor probatorio que

¹⁰⁴ Código de Procedimiento Civil Chileno, art. 342, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0> [fecha de consulta: 04-09-2014].

tiene esta misma en un litigio. “A pesar de la existencia de un marco jurídico que legitima la utilización de documentos electrónicos y reglamenta el uso de la firma electrónica, en la práctica se ha visualizado una insuficiente confianza de llevar a la realidad del proceso judicial las tecnologías, tanto como herramienta de ayuda a la gestión como medio probatorio.”¹⁰⁵

1. La valoración de una fotografía digital como documento electrónico

La doctrina ha elaborado una serie de clasificaciones de los instrumentos, siendo una de las más relevantes para esta investigación, la que distingue entre los instrumentos públicos o auténticos y los instrumentos privados.

“El instrumento público conlleva en si una presunción de autenticidad, por lo que corresponde la carga de la prueba para destruir su valor probatorio a la parte contra la cual se hace este valer. En cambio, los instrumentos privados no conllevan en si una presunción de autenticidad por lo que para tener valor probatorio se requiere que ellos sean reconocidos por la parte que lo otorgó, ya sea en forma expresa o tácita, o en su defecto, que éste se verifique judicialmente.”¹⁰⁶ Ahora bien, para optar a esta presunción de autenticidad que la ley otorga a los instrumentos públicos, la ley exige una serie de requisitos a los que pasaremos revista para ver si es posible que sean cumplidos por una fotografía digital, de forma que se viera beneficiada con esta presunción de

¹⁰⁵ ARRIETA, Raúl; et. Al. Op.Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 82

¹⁰⁶ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 415

autenticidad.

El artículo 1699 del código civil chileno, define a los instrumentos públicos como:

“Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente funcionario.

Otorgado ante escribano e incorporado en un protocolo o registro público, se llama escritura pública.”¹⁰⁷

Según la definición de este artículo los requisitos entonces a los que nos enfrentaríamos en un instrumento público serían:

- i) Que se encuentre autorizado por un funcionario público.
- ii) Que el funcionario que lo otorga sea competente
- iii) Que debe ser otorgado con las solemnidades legales.

En principio una fotografía digital no podría cumplir con estos requisitos, al menos en la mayoría de los casos:

- i) Se obtiene mediante la captura de un referente a través de la utilización de una cámara fotográfica y de forma privada, de forma que en la mayoría de los casos no se encontrará autorizado por un

¹⁰⁷ Código Civil Chileno, artículo 1699 disponible on-line en: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha de consulta: 04-09-2014]

funcionario público.

ii) El documento es generado por mecanismos automatizados y una cámara fotográfica, claramente no es otorgado por un funcionario competente.

iii) Tampoco se cumple con ninguna solemnidad al realizar una fotografía digital.

Sin embargo, la legislación Chilena ha contribuido en el caso de los documentos con firmas electrónicas, con el establecimiento de normas que definen el valor probatorio de los documentos, tales como aquella que nos dice que si el mismo se ha firmado con firma electrónica avanzada tendrá el valor de plena prueba sobre la autenticidad del documento y sobre la persona del firmante (Art. 5 y 7 de la ley 19.799).

El problema en este caso es la apreciación del juez sobre la validez de las firmas, cuestión que el legislador resuelve al disponer que en Chile sólo puede dar el servicio de Firma Electrónica Avanzada los proveedores acreditados ante el Ministerio de Economía, estableciendo además presunciones que favorecen la mantención del valor probatorio que se les asigna. “Debemos reconocer que la falta de conocimiento por parte de los operadores jurídicos de la existencia y aplicación de la Ley de Firma Electrónica, determina que, de una partes, los abogados litigantes sean reacios a la presentación de documentos electrónicos, y de otra, que los jueces desconozcan la forma de integrarlos al proceso y

otorgarles el valor que corresponde, lo que determina que la solución más eficaz no pase necesariamente por incorporarlos a la enumeración sino que hacerse cargo de la regulación de las particularidades que representan.”¹⁰⁸ No cabe duda que existe la posibilidad legal de probar en un procedimiento civil con una fotografía digital, en tanto cumple con los requisitos de un documento electrónico según la mencionada ley, y a través de la aplicación del principio de equivalencia de soporte, tendríamos que considerarla un instrumento.

Ahora bien ¿cómo probamos la autoría de una fotografía digital con el documento electrónico que la contiene? A simple vista, pareciera que no podría aportar mucho, un usuario de fotografías digitales, sabe que de un documento electrónico que contiene una fotografía digital, puede reproducirlo en su computadora, en su televisor inteligente, en su teléfono inteligente, en su tableta, subirla a internet, copiarla, distribuirla, imprimirla, etc., pero aún no se resuelve la interrogante ¿cómo probamos la autoría de la fotografía digital?, es decir ¿cómo podemos permitir al juzgador alcanzar la verdad acerca de la calidad de autor que alega una de las partes con el simple documento electrónico?, La respuesta, la podemos encontrar en ciertas características que no resultan tan evidentes como los usos que comúnmente le da un usuario a una fotografía digital, que tiene el documento electrónico que la contiene.

Los documentos electrónicos, junto con tener la información necesaria para que se pueda almacenar y reproducir una imagen digital, cuentan con una

¹⁰⁸ Arrieta, Raúl; et. Al. Op. Cit. [Fecha de consulta: 04-09-2014] p. 92

información llamada Metadata, que básicamente es información que se agrega sobre un documento o archivo electrónico, que permite hacer vinculaciones con elementos externos al mismo, por ejemplo, podría contener información que vincule a un autor con su obra.

A continuación dedicaremos un párrafo al análisis de esta Metadata, que junto con considerarla como parte integrante del instrumento “documento electrónico” que contiene una fotografía digital, la consideramos lo que algunos autores han llamado una medida tecnológica de protección.

B. Las medidas tecnológicas de protección de obras digitales, como medio de prueba de la titularidad de una fotografía digital

Como vimos en el glosario de términos, las medidas tecnológicas de protección, han sido definidas por el autor Horacio Fernández Delpech como “sistemas informáticos cuya función es controlar y, en caso que sea necesario, impedir o restringir el uso en Internet de obras intelectuales protegidas por derechos de propiedad intelectual.”¹⁰⁹. En nuestro campo de interés, se ha dicho que “muchos fotógrafos, incluso profesionales, tienen sus obras en Internet en alta resolución sin ninguna protección, se pueden bajar, se pueden imprimir, incluso no

109 FERNÁNDEZ D., Horacio, “Medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual en Internet - los actos elusivos - la protección jurídica contra la elusión”, Córdoba, Argentina 2006, Disponible on-line en: <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf> [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.1

tienen marca de agua, y hoy en día en el tema digital la utilización es tan rápida, tan instantánea, que basarse sólo en la protección que te puede entregar la legislación para impedir el uso no autorizado de la obra es prácticamente un eufemismo. (...) Es en este ámbito, las medidas tecnológicas que resguardan la obra, más allá de algo adyacente o supletorio a la legislación, en Internet se convierte en una práctica mucho más importante que la propia protección legal”¹¹⁰.

Las opciones para proteger una fotografía digital mediante una medida tecnológica de protección son variadas, ejemplo de ellos son la aplicación de marcas de agua en la difusión en medios masivos como Internet, de forma de que si esta comienza a circular sin la autorización del autor, al menos este pueda identificar formalmente que es el titular de la obra a través de la relación de él con la marca de agua, u otros medios que obstan menos a la visualización de la fotografía como por ejemplo la metadata.

En el archivo digital que soporta a una fotografía digital está presente al menos la información EXIF, que como señalamos en el glosario, es información anexa al archivo de la fotografía digital, que contiene información relativa a su creación, como por ejemplo, fecha de toma, hora, **autor**. Esta información cumple una doble función, es a la vez una medida tecnológica de protección y una firma digital a la luz de las presunciones del Art. 8° de la ley de propiedad intelectual y la ley de firma y documento electrónico chilena, cumpliendo ambas funciones el

110 ZAMORA D., Alena, directora ejecutiva Sociedad de Gestión Colectiva CREAIMAGEN, en entrevista realizada con fecha 26 de noviembre de 2012, en el marco de esta investigación, texto completo disponible en Anexo.

mismo propósito, es decir probar o demostrar la relación que tiene el autor con su obra.

Las medidas tecnológicas de protección, como ya vimos han sido mínimamente desarrolladas por nuestro legislador quien sólo se limita a reconocer su existencia en el artículo 85 letra O de la ley de propiedad intelectual. Por otro lado, quien sí ha hecho un esfuerzo serio por regular a las medidas tecnológicas de protección, es la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) de la que Chile es parte, quien ha distinguido en cuatro categorías de medidas tecnológicas de protección:

“• Medidas que protegen efectivamente un acto sujeto al derecho exclusivo de los autores;

- Sistemas de acceso condicionado;

- **Dispositivos de marcado e identificación de las obras;**

- Sistemas de gestión de derechos digitales DRM – Digital Right Management;”¹¹¹

Creemos que las medidas tecnológicas de protección presentes en una fotografía digital corresponden a la tercera clasificación de la OMPI, ya que este tipo de medidas “(...) son técnicas que tienden a marcar e identificar de alguna forma a las obras protegidas, proveyendo así al titular del derecho una forma de

¹¹¹ FERNÁNDEZ D., Horacio, op. Cit. [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.3; El destacado es nuestro.

demostrar que la obra ha sido reproducida indebidamente. Tal el caso de la impresión en las obras protegidas de filigranas visibles o invisibles (esteganografía), marcas de agua (watermarks), u otras técnicas de marcado. Su función básica es informar sobre la utilización indebida de la obra **y servir como prueba a la hora de tener que demostrar esa reproducción indebida.**¹¹²

A nuestro modo de entender, la inserción de información en la metadata de una imagen, destinada a circular con las copias digitales, es una medida tecnológica de protección de la tercera categoría que distingue la OMPI, ya que permite agregar información dentro del archivo por ejemplo de quien es el legítimo titular de la obra, que la acompañará en todas las copias sucesivas que se hagan del archivo, en la medida que no se pretenda eliminar o vulnerar esta información por parte de un usuario ilegítimo¹¹³.

Por su parte la ley de propiedad intelectual, en su artículo 8° dispone:

“Artículo 8°- Se presume autor de una obra, salvo prueba en contrario, a quien aparezca como tal al divulgarse aquélla, mediante indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquél

¹¹² FERNÁNDEZ D., Horacio op. Cit., p.3 y 4; El destacado es nuestro.

¹¹³ En esta parte declaramos que es posible la adulteración o falsificación de esta información EXIF (al igual que una firma manuscrita podría ser falsificada, eliminada, omitida o adulterada), sin embargo es un problema que no abordaremos porque excede los límites de esta investigación ya que se trata de un asunto sumamente técnico, de igual forma el análisis de la autenticidad de la información EXIF debería ser algo que le corresponde analizar a un perito. En una entrevista realizada en el contexto de esta investigación, el especialista en informática forense y abogado Renzo Gandolfi, nos señaló que es posible detectar si esta información ha sido adulterada, el texto completo de la entrevista se encuentra disponible en el anexo en O C.- Entrevista a Renzo Gandolfi p. 222.

a quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra.”¹¹⁴

Esta presunción podemos considerarla extendida a la aplicación de las fotografías digitales por la disposición del párrafo segundo del artículo primero de la ley de firma y documento electrónico, que dispone que los documentos electrónicos estarán sometidos a los principios de equivalencia al soporte en papel, de forma que podemos considerar como equivalente la información que se agregue en la metadata a una firma manuscrita siempre y cuando en términos de la ley de propiedad intelectual, exista la indicación de un nombre (como es el caso), un seudónimo, firma o signo que lo identifique al autor de una obra en forma usual.

A mayor abundamiento, el Art. 2 de la ley de firma y documento electrónico, define a la firma electrónica como:

“cualquier sonido, símbolo o proceso electrónico, que permite al receptor de un documento electrónico identificar al menos formalmente a su autor.”¹¹⁵

En el caso de una fotografía digital, como la metadata acompaña a esta desde su nacimiento y en todas las sucesivas copias, se cumple el requisito que exige la ley para estar en presencia de una firma electrónica, esto es, identificar

¹¹⁴ Ley 17.336, Art. 8. disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336><http://www.bcn.cl/> [fecha de consulta: 04-09-2014], el destacado es nuestro.

¹¹⁵ Ley 17.336, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336><http://www.bcn.cl/> [fecha de consulta: 04-09-2014], el destacado es nuestro

formalmente al autor.

Y refuerza el principio de la equivalencia de soportes en la parte final del artículo tercero al disponer:

“La firma electrónica, cualquiera sea su naturaleza, se mirará como firma manuscrita para todos los efectos legales, sin perjuicio de lo establecido en los artículos siguientes.”

De esta forma, no cabe ninguna duda que la aplicación del artículo octavo de la ley de propiedad intelectual, procede en los casos en que se haya firmado digitalmente una fotografía digital mediante la inserción de información en la metadata cuando ésta comenzó a circular, pudiendo asignársele un valor probatorio frente a tribunales conforme a las reglas de valoración de la prueba.

Muchos autores desconocen el rol probatorio que pueden adquirir estas medidas y, de su parte, los jueces no tienen acabado conocimiento de su existencia, funcionamiento y eficacia probatoria. Incluso en algunos casos, algunas de estas medidas podrían ser ilegítimas o ilegales y por desconocimiento, el juez avalarlas en los hechos. En este último aspecto, es destacable la opinión de Fernandez Delpech, que compartimos, que considera que para que una medida tecnológica de protección sea válida y goce de la protección legal debe cumplir con cuatro requisitos, estos son:

- 1) “Debe ser eficaz o efectiva. La medida tecnológica que puede ser violada

por cualquiera no es eficaz y consecuentemente no es válida ni debe obtener la protección legal. Tal criterio es tomado tanto por los Tratados Internet como por la Directiva Europea.

- 2) No debe producir daño a los equipos de los usuarios. Es ilustrativo lo ocurrido no hace mucho tiempo en Estados Unidos y Europa cuando la empresa Sony BMG incorporó a gran cantidad de cd de música un sistema anticopia defectuoso que, al ser reproducidos esos cd en las computadoras, produjeron importantes daños, que obligaron a Sony a retirar del mercado esos cd , debiendo además resarcir por los daños causados.
- 3) No puede invadir la privacidad de los usuarios. En el choque entre la medida tecnológica y la privacidad del usuario, debe primar sin duda alguna la privacidad de este, aunque con ello se desproteja a la obra. Un interesante caso al respecto es la utilización como parte de la medida tecnológica de protección de cookies, que obtienen y difunden informaciones personales del usuario y violan de esta forma su privacidad;
- 4) No puede dejar de informarse al consumidor sobre cualquier consecuencia querida o no querida que pudiera causarse, como podría ser una medida tecnológica anticopia que en determinados equipos

impidiese la lectura del contenido protegido.”¹¹⁶

El primero de los requisitos que plantea este autor, se relaciona con la elusión de las medidas tecnológicas de protección, que el mismo define como “la manipulación de las medidas tecnológicas con la finalidad de limitar o eliminar su finalidad protectora”¹¹⁷, y plantea que es necesario para darle efectividad a las medidas tecnológicas de protección, que el legislador establezca una protección jurídica en contra los actos de elusión, cuestión sobre la que incluso se legisló en el tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996, tratado del que Chile es parte y que incluso ha sido ratificado. Así se dispone en el artículo 11 de dicho tratado:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.”¹¹⁸

Esta protección jurídica en Chile hasta hoy no existe, de forma que se estaría incumpliendo un tratado internacional. Creemos que resulta necesario legislar al respecto, con el fin de dar una mayor eficacia de protección y probatoria a este tipo de medidas.

¹¹⁶ FERNÁNDEZ D., Horacio, Op. Cit. [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.4 y 5

¹¹⁷ Fernández Delpech, Horacio, Op. Cit. [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.5

¹¹⁸ Artículo 11, Convenio OMPI de Derechos de Autor de 1996, disponible on-line en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167#P105_13323 [fecha de consulta: 04-09-2014]

Queremos dejar muy en claro que la existencia del campo autor al interior de la metadata de una fotografía, o la pertenencia de una cámara fotográfica, no necesariamente conferirán derechos de autor a quien figura como tal en la metadata o al propietario de una cámara fotográfica. Así por ejemplo, en un curioso caso entre Wikipedia y el fotógrafo David Slater, quien solicitaba a la empresa que se diera de baja una fotografía de una “selfie de un mono” que alegaba era de su autoría¹¹⁹, “la justicia de Estados Unidos en un fallo de 1.200 páginas decidió que el mono fue el causante de la fotografía(...) y luego especifica que “los trabajos creados por la naturaleza, plantas, animales, e inclusive seres divinos o sobrenaturales, no están sujetos a los derechos de autor”, por lo que pasan a ser de dominio público. Es decir, sólo los trabajos creados por humanos están protegidos.”¹²⁰

A pesar del tremendo valor probatorio que puede tener la metadata, se podrían dar en la práctica estos casos, en los que dicha información por diversos motivos no sea certera en la identificación del autor. También podría darse el ejemplo, que otra persona utilizase la cámara fotográfica de un autor que por defecto firma todas las fotos con su nombre y se requiera del análisis de otros medios de prueba, lo que no significa que la metadata no sea confiable como

¹¹⁹ Mientras este realizaba una sesión fotográfica a un mono en Indonesia, el animal tomó la herramienta de trabajo del profesional y se autorretrató, imagen que fue publicada por el fotógrafo en la Web y luego subida por Wikipedia en uno de sus sitios, alegando que la imagen carecía de derechos de autor, al respecto véase Se acabó la polémica: la “selfie del mono” ya tiene un ganador”, La tercera online, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/08/659-592463-9-se-acabo-la-polemica-la-selfie-del-mono-ya-tiene-un-ganador.shtml> [fecha de consulta: 04-09-2014]

¹²⁰ “Se acabó la polémica: la “selfie del mono” ya tiene un ganador”, La tercera online, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/08/659-592463-9-se-acabo-la-polemica-la-selfie-del-mono-ya-tiene-un-ganador.shtml> [fecha de consulta: 04-09-2014]

medio de prueba de la autoría de una fotografía digital. Consideramos, que esta información en la mayoría de los casos podrá entregar información esencial para la determinación de la autoría de la fotografía digital, por las razones ya expuestas.

C. Rol de los peritos en la prueba de la titularidad de una fotografía digital

Revisamos previamente que el archivo que soporta una fotografía digital, podría servir de medio de prueba respecto de la autoría según nuestra legislación nacional. Puede ocurrir que los elementos que permitan a un juez formarse la convicción en relación no sean muy evidentes. Además es probable que el juez no cuente con las destrezas y conocimientos técnicos que le permitan justipreciar la autoría de una fotografía digital.

Para poder mejorar el estándar de convicción al respecto, tendrá que solicitar la opinión de un experto, que tenga los conocimientos técnicos necesarios. Este experto, no es ajeno al Derecho y es conocido como perito.

“El perito es un tercero extraño al juicio que posee conocimientos especiales de alguna ciencia, técnica o arte y que en virtud de ello le es requerida su opinión por el tribunal respecto de un hecho controvertido en el proceso o de algún punto

de derecho extranjero.”¹²¹

La tarea de este experto, se traduce en un informe de peritos, que consiste “en la opinión emitida en un proceso, por una persona que posee conocimientos especiales de alguna ciencia o arte, acerca de un hecho sustancial, pertinente y controvertido o de alguna circunstancia necesaria para la adecuada resolución de un asunto.”¹²² Ahora bien, “debe estarse muy atento a obtener explicaciones y conclusiones científicas, particularmente asépticas, esto es, propiciar que esta prueba se realice de modo singularmente imparcial (ya por expertos libres de toda sospecha de interés o dependencia de alguna de las partes, ya contando con dos o más dictámenes científicos).”¹²³, toda vez que la opinión solicitada a un perito pueda ser de tal envergadura que en resumidas cuentas la decisión del juez recaiga exclusivamente sobre la opinión del experto, cumpliendo casi un rol de "juez" el perito, cuestión que se puede tornar sumamente peligrosa a la hora de encontrarnos frente a un perito parcial, siendo de mucha utilidad que existan herramientas para que los jueces puedan **valorar** adecuadamente la opinión entregada por un especialista.

La primera herramienta que analizaremos no dice relación con la valoración, sino con los mecanismos que considera nuestra ley de procedimiento civil para la designación de un perito, que de alguna manera busca garantizar la calidad de su

¹²¹ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 526

¹²² MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.526

¹²³ URBANO C., Eduardo DE y Magro S., Vicente “La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil.”, Editorial Arazandi, SA, Navarra 2003, p. 41

informe, mediante un proceso que busca escoger a un especialista que sea imparcial y no tenga inclinación de ningún tipo a favorecer a alguna de las partes.

i. Designación del perito

El procedimiento de designación de un perito, se encuentra establecido en los artículos 414 a 417 del Código de Procedimiento Civil. Esta designación se gatilla a petición de parte o bien de oficio por el tribunal,¹²⁴ en ambos casos se debe citar a las partes a una audiencia, cuyos objetivos son:

1. Designar al perito.
2. Determinar su número.
3. Determinar la calidad, aptitudes o títulos que deben reunir el o los perito
4. Determinar el punto o los puntos sobre los que deberá recaer su informe.

¹²⁴ La iniciativa para rendir la prueba pericial puede ser de iniciativa de parte o bien por iniciativa del tribunal, en la iniciativa de parte, se puede pedir como medida prejudicial probatoria (art. 281 Código de procedimiento civil), en los casos que exista un peligro inminente de un daño o perjuicio o se trate de hechos que puedan fácilmente desaparecer; o bien durante el juicio, y esto de acuerdo a lo previsto en el art. 412 del Código de Procedimiento Civil, en primera instancia las partes pueden solicitar que se decrete informe pericial sólo “dentro del término probatorio”. En segunda instancia no es procedente que las partes soliciten el informe de peritos de acuerdo a lo previsto en el art. 207 del Código de Procedimiento Civil. Por otro lado cuando la iniciativa es del tribunal, este procediendo de oficio puede decretar el informe pericial dentro del proceso, durante el juicio, por facultad del artículo 412 del código de procedimiento civil, puede decretar de oficio el reconocimiento de peritos en cualquier estado del juicio, además puede decretarlo como medida para mejor resolver, medida apelable en el sólo efecto devolutivo si es decretada por el tribunal de primera instancia **Fuente especificada no válida.**

Claramente los objetivos de esta audiencia están orientados a la designación de un perito que cumpla con los requisitos de imparcialidad para que desempeñe en su cargo lo mejor posible y emita un informe que este motivado por las conclusiones obtenidas de una investigación científica y no motivadas por preferencias hacia alguna de las partes.

Siguiendo la línea de la prueba de la autoría una fotografía digital, el punto sobre el que debería recaer el informe del perito, por ejemplo podría ser la autenticidad de la metadata contenida en el documento electrónico que sirve de soporte a una fotografía digital, en la que conste información sobre quién es el autor de una determinada fotografía.

En esta audiencia de designación del perito podría ocurrir que todas las partes asistan a ella y se logren poner de acuerdo, según lo dispuesto por el artículo 414 inciso primero de Código de Procedimiento Civil, primará su acuerdo y el peritaje se llevará a cabo en los términos por ellos acordados. Si no existe acuerdo o no concurren todas las partes el tribunal designará el perito y fijará los puntos objetos de la audiencia de designación de peritos. En este caso, el tribunal no podrá designar a ninguno de los dos primeros nombres propuestos por las partes. Este nombramiento se hará de las listas contempladas en el artículo 416 bis del Código de Procedimiento Civil, es decir, una lista que contiene nombres de peritos ordenados por especialidad, que es propuesta cada dos años por la Corte de Apelaciones respectiva.

Cabe destacar que para el tema que nos convoca, la especialidad más cercana de la lista elaborada por la Corte de Apelaciones de Santiago es “fotografía” y está integrada por no más de ocho profesionales, cuestión que podría dificultar la tarea de encontrar un perito imparcial.

“Vencido que sea el plazo de oposición de las causales de incapacidad, o en el caso de haber sido nombrado el perito por las partes, se notifica al perito designado para que declare si acepta o no el cargo. La notificación se hará por cédula por ser un tercero extraño al juicio.

Si el perito acepta el cargo, debe declararlo así y prestar juramento de desempeñarlo con fidelidad”¹²⁵

ii. Procedimiento en Chile para realizar el peritaje

Nuestra legislación, en cuanto al establecimiento de un procedimiento para la realización de un peritaje, se limita a establecer tres etapas para la realización del mismo y no regula otras cuestiones, como por ejemplo los requisitos de forma con los que debería cumplir el informe del perito, cuestión sobre la que volveremos.

Siguiendo a este autor, las tres etapas que establece la ley son:

- 1) La etapa de la **aceptación del cargo**, juramento del perito y además se cita a las partes para acudir al reconocimiento.

¹²⁵ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 535

2) **El reconocimiento**, que es la etapa en donde el perito se acerca al objeto del informe, por ejemplo en el caso de una fotografía digital podría acercarse al documento electrónico mismo que contiene a una fotografía digital, sus copias electrónicas, los ejemplares impresos que han circulado de la misma, etc. En esta etapa el perito debe realizar las actuaciones para conocer y recopilar los antecedentes respecto de las cosas o hecho, sobre los cuales se le ha solicitado informe. Como se ha citado a las partes para que concurran al reconocimiento, estas pueden asistir e intervenir en el acto de reconocimiento haciendo las observaciones que consideren pertinentes, que se hagan constar hechos y circunstancias que consideren pertinentes. Según lo dispuesto en el artículo 419 de todo lo obrado se levantará un acta. La no asistencia de alguna o de todas las partes no impedirá que se lleve a efecto el reconocimiento.

3) **“El dictamen o informe mismo**, que comprende las consideraciones y la conclusión en la cual resume el perito a través de su ciencia o arte la apreciación que tiene de los hechos.”¹²⁶

Consideramos que el procedimiento contemplado en nuestra Código de Procedimiento Civil, si bien permite la participación de las partes, manteniendo principios inspiradores del debido proceso como la bilateralidad, es insuficiente ya que en nada aporta al juez para que pueda justipreciar adecuadamente al peritaje.

¹²⁶ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 536, el destacado es nuestro.

Como mucho el juez podrá apreciar en el informe final del perito, si este tuvo o no en consideración las observaciones realizadas por las partes en la etapa del reconocimiento.

iii. Informe del perito

El profesor Cristian Maturana ha definido a los informes o dictámenes de peritos como “el escrito mediante el cual el perito pone en conocimiento del tribunal la labor realizada y la conclusión técnica o científica a la que ha llegado respecto del punto o materia sobre la cual se le ha requerido su opinión”¹²⁷, en la misma línea Emilio del Peso Navarro define al dictamen como “un informe escrito sobre una determinada materia que **debidamente motivado y razonado** es emitido por un profesional versado en la misma”¹²⁸, agregando este último autor a la definición un requisito que parece de Perogrullo, y es que el informe del perito debe ser motivado y razonado, es decir debe tener un asiento en la lógica.

Nuestra legislación por su parte no define al informe de peritos ni tampoco le fija requisitos legales. Sin embargo, las definiciones doctrinales nos clarifican que se trata de un escrito, por tanto al menos este informe deberá cumplir con los requisitos comunes a todo escrito, es decir al menos deberá:

¹²⁷ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 537

¹²⁸ DEL PESO N., Emilio, “Peritajes Informáticos”, Editorial Díaz de Santos, Madrid, 2001, p. 39, el resaltado es nuestro

- 1) Tener una suma en su encabezado que indique su contenido o del trámite del que se trata.
- 2) Entregarse en tantas copias como partes deban ser notificadas.
- 3) Referirse a lo menos a los puntos fijados en la audiencia de designación de perito, por ejemplo podría haberse fijado como punto el que se refiriera a la autenticidad de la metadata contenida en un documento electrónico que sirve de soporte a una fotografía digital, en la que conste información sobre quién es el autor de una determinada fotografía.
- 4) Considerar al menos las observaciones realizadas en la etapa de reconocimiento del perito.

Emilio del Peso Navarro, en su manual de peritajes informáticos, libro dirigido entre otros a los peritos, estima que los informes deben reunir las siguientes características:

- a) Claridad. Es muy importante tener en cuenta que el dictamen lo leerán con seguridad personas que desconocen la materia por lo que es necesario que, sobre todo en las conclusiones, la exposición sea muy clara.
- b) Concisión. El dictamen ha de ser lo extenso que sea necesario pero ni un folio más. Los informes voluminosos asustan al que los tiene que leer y en cierto modo le predisponen en contra.

- c) Fundamentación. Lo que se dice se debe fundamentar en la experiencia del propio perito, pero si es posible se debe apoyar en lo que se dice sobre el caso en las obras más importantes que se hayan publicado sobre la materia.
- d) Justificación. El perito ha de justificar en qué se basa para emitir su dictamen apoyando el mismo de la mejor forma posible.”¹²⁹

Esta fórmula planteada por el autor, es una buena guía que debería ser esperable de un informe de perito.

iv. Valoración del Informe del perito

“De conformidad al Art. 425 del C.P.C. el valor probatorio del informe de peritos se aprecia de acuerdo a las reglas de la sana crítica”¹³⁰. Para entender la aplicación práctica de esta norma recordemos que según vimos en el capítulo sobre valoración de la prueba, la sana crítica, se caracteriza porque el juez para realizar la valoración de una prueba, queda obligado a “utilizar criterios racionales y no normas legales preestablecidas específicas para la valoración de cada medio de pruebas, debiendo emplear en esa misión la razón y criterios racionales como los son los principios de **la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados**”¹³¹.

¹²⁹ Del Peso Navarro, Emilio, “Peritajes Informáticos”, Editorial Diaz de Santos, Madrid, 2001, p. 40

¹³⁰ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 539.

¹³¹ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p.346, el resaltado es nuestro.

El juez, en consecuencia, para otorgar valor al dictamen de un perito que busca desentrañar la autoría de una fotografía digital, deberá que hacerlo conforme a:

- 1) Los principios de la lógica.
- 2) Las máximas de la experiencia.
- 3) Los conocimientos científicamente afianzados.

Revisemos entonces estos elementos que debe considerar el juez para valorar un dictamen.

a. Los principios de la lógica

El profesor Maturana, para abordar a este tema, recurre al diccionario de la Real Academia de la lengua española según el cual “se entiende por **lógica**, en la acepción natural de la palabra, la **disposición natural para discurrir con acierto sin auxilio de la ciencia**”¹³². Continúa el profesor, desarrollando el concepto de lógica, planteando que esta se norma por cuatro principios, el principio de la identidad, el principio de la no contradicción, el principio de tercero excluido y el principio de la razón suficiente.

El **principio de identidad** “se enuncia generalmente como “Todo objeto es idéntico a sí mismo”, “Lo que es, es” o simplemente como “A es A”, y de este

¹³² MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 347

modo, se ejemplifica con enunciados como “El libro es libro”. El sentido de tal principio es sólo afirmar la identidad de todo objeto consigo mismo.”¹³³

Por su parte el **principio de la no contradicción** “señala que es imposible que dos juicios contradictorios o contrarios sean verdaderos a la vez. Los juicios que se oponen al ser idénticos en todo, salvo que uno es positivo y otro es negativo. Así por ejemplo, el juicio que afirma que “A es B” es contrario con el juicio que niega tal enunciado, es decir, que afirma que “A no es B””¹³⁴

El **principio del tercero excluido**, básicamente postula que si hay dos supuestos que se contradicen entre sí, al menos uno de ellos debería ser falso y el otro verdadero, por ejemplo, de los enunciados “A es el autor de la fotografía” y “A NO es el autor de la fotografía” no podría ocurrir de que ambos a la vez fueran enunciados falsos, existiendo una tercera opción intermedia entre estos dos enunciados.

Finalmente el **principio de razón suficiente** dice relación con “que “Todo conocimiento debe estar suficientemente fundado”, lo que llevado al ámbito judicial implica una exigencia de motivación de la sentencia, aspecto esencial de la sana crítica.”¹³⁵

En los principios de la lógica entonces, el juez tendrá una gran herramienta para valorar algún peritaje, si bien no tendrá la posibilidad de cuestionar el fondo

¹³³ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 347

¹³⁴ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 347

¹³⁵ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 349

del dictamen, ya que escapa a sus conocimientos, si podrá revisar que los argumentos contenidos en el cumplan con un principio lógico, evitando contradicciones y buscando que no existan absurdos al interior del dictamen.

b. Las máximas de la experiencia

El profesor Cristian Maturana, parafraseando a Stein, define a las máximas de la experiencia como “el conjunto de juicios fundados sobre la observación de lo que ocurre comúnmente y que pueden formularse en abstracto por toda persona de nivel mental medio”,¹³⁶ además agrega que “las máximas de la experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos pretenden tener validez”.¹³⁷

En un peritaje que busca determinar la autoría de una obra digital entonces, estos juicios hipotéticos desligados de los hechos, procedentes de la experiencia, podrían ser configurados por ejemplo, por la experiencia que tiene el juez, respecto de quien podría ser el especialista adecuado o mejor dicho que cualidades técnicas debería reunir. También podría ocurrir que en su experiencia le restara validez al peritaje de alguien conocido por emitirlos en beneficio de alguna parte mediante el pago de alguna exacción ilegal, por ejemplo.

¹³⁶ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 350

¹³⁷ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 350

c. Los conocimientos científicamente afianzados

Rodrigo Cerda San Martín considera que “los conocimientos científicos están constituidos por el saber humano proporcionado por las ciencias”¹³⁸, a su vez, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, define a ciencia como el “Conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales.”¹³⁹. Complementando la definición de Cerda San Martín, con la definición de “Ciencia” del diccionario de la RAE, podríamos decir que **los conocimientos científicamente afianzados son aquellos proporcionados por el saber humano provenientes de la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales**. Maturana ha señalado que este tipo de saberes “constituyen reglas generales (premisas mayores) que buscan aplicarse a nuevos casos e igualmente sólo constituyen conocimientos probables, y por tanto provisorios que pueden cambiar con el tiempo”¹⁴⁰.

Como ya vimos, “el perito es un tercero extraño al juicio **que posee conocimientos especiales de alguna ciencia, técnica o arte** y que en virtud de ello le es requerida su opinión por el tribunal respecto de un hecho controvertido

¹³⁸ CERDA San Martín, Rodrigo, “El Juicio Oral en lo Penal”, disponible on-line en <http://es.scribd.com/doc/52804834/EL-JUICIO-ORAL-EN-LO-PENAL> [Fecha de Consulta: 14-11-2013]

¹³⁹ Diccionario de la Real academia de la Lengua Española, 2008, disponible on-line en <http://lema.rae.es/drae/?val=ciencia> [Fecha de Consulta: 04-09-2014]

¹⁴⁰ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 351

en el proceso (...)”¹⁴¹. Como vemos de esta definición, el perito en un juicio ocuparía el rol de ser **el poseedor, el titular de los conocimientos científicamente afianzados**, de forma que su opinión (dictamen) tendrá una gran importancia. El profesor Maturana, plantea que este tipo de conocimientos presentan una primacía por sobre las máximas de la experiencia, por cuanto estos son conocimientos más seguros o probables que los que surgen de aquellas. Si aceptáramos lo anterior para el caso del peritaje, por ejemplo, deberíamos aceptar como válido el dictamen de un perito que es conocido por emitir dictámenes fraudulentos (conocimiento obtenido mediante una máxima de la experiencia), atendido a su manejo de una ciencia u arte, sin embargo luego el mismo autor luego nos plantea, que “si bien presentan un mayor fundamento cognitivo que las máximas de la experiencia, debido a su carácter cambiante y contingente se encuentran por debajo de los principios de la lógica que son universales, permanentes y necesarios¹⁴²”.

Si fuera cierto entonces que este tipo de conocimientos deberían primar por sobre las máximas de la experiencia, al menos todavía al juez le quedaría la posibilidad de valorar un dictamen o un informe de peritos a través de los principios de la lógica, de otra forma se vería limitado el juez a reproducir sin más el dictamen del perito en el fallo.

Dada la naturaleza de estos aspectos, la prueba pericial es la que menos

¹⁴¹ MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 526, el destacado es nuestro

¹⁴² MATURANA M., Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081),, p. 351

cuestionamientos admite por parte del tribunal y por ende, su valoración judicial no necesariamente quedará a la libertad probatoria que supone la sana crítica; “se trata, probablemente, del medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada <<cultura general>>”¹⁴³.

El autor Jordi Nieva Fenoll, plantea que en los hechos, puede ocurrir que nos encontremos frente “a un juez que no posee la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. (...) el problema que se deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente”¹⁴⁴, cuestión que va en contra de lo dispuesto por el artículo 425 de nuestro código de procedimiento civil, que exige al juez **apreciar** el dictamen conforme a la sana crítica. En todo caso, este autor español, más que quedarse sólo en la crítica busca una solución y desarrolla un esquema de ciertos aspectos de control que podría tener el juez sobre un dictamen para poder apreciarlo debidamente, que podrían ser de suma utilidad para la valoración de un peritaje sobre la autoría de una fotografía, o bien algún peritaje en general en donde un perito se pronuncie sobre una prueba tecnológica en juicio. Es por ello que a continuación revisaremos los elementos que considera útiles en la valoración de un peritaje que busque determinar la autoría de una fotografía digital, cuestión que en realidad puede ser válida para un

¹⁴³ NIEVA F. Op. Cit. (2010, ISBN: 978-84-9768-757-7), p. 285

¹⁴⁴ *Ibidem*

peritaje en general.

v. **Herramientas de apoyo en la valoración de un informe del perito**

a. Perito de parte o perito de designación judicial

Nieva Fenoll, hace un análisis de las implicancias de que un perito sea designado por las partes o bien mediante designación judicial, ya que considera que existe en general cierta desconfianza “hacia los peritos, habida cuenta del extendido rumor de su posible corrupción, sobre el que casi nadie escribe pero que todo el mundo comenta en los mentideros. Si esa corrupción existe realmente, ciertamente podría decirse, a primera vista, que no habría diferencia entre que participe en el proceso un perito de designación de parte o un perito de designación judicial. En todo caso puede llegar a favorecer a una de las partes, y al menos si lo designa el litigante sabemos ya de entrada quién va a ser el posible favorecido”¹⁴⁵.

Este autor, considera, en todo caso, que este debate sobre la designación del perito debe ser más bien a nivel legislativo, y como en nuestro sistema impera fuertemente el principio del Derecho que dispone que la buena fe se presume, dejaremos de lado los casos en que exista alguna corrupción por parte del perito.

Cabe destacar que nuestro legislador como vimos anteriormente, consideró

¹⁴⁵ NIEVA F. Op. Cit. (2010, ISBN: 978-84-9768-757-7), p. 287

un sistema de designación del perito que puede ser por iniciativa de las partes o bien de oficio por el tribunal, contemplando una serie de recursos y garantías para que las partes puedan hacer las observaciones que consideren pertinentes. Además, es muy frecuente que se designen peritos de las listas elaboradas previamente por la Corte de Apelaciones respectiva, listas que consideran una serie de requisitos a las personas que las integran, siendo uno de ellos la “idoneidad moral” del perito, de forma que este problema de la corrupción se vería superado por los procedimientos considerados en nuestra legislación.

Al juez entonces, para otorgarle valor al dictamen, podrá hacer un examen de si la designación procedió conforme a Derecho.

b. La profesionalidad del Perito

Para la realización de un peritaje es muy importante contar con alguien que tenga un gran manejo de la ciencia o arte sobre el que se le pide opinión. Concordamos con Nieva Fenoll, en que “antes de nada, lo primero que debe controlarse es que el perito posea los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia que se trate. Para ello, no es suficiente que se halle en posesión de un título profesional, sino que, además, es necesario que acredite solvencia en la práctica de su profesión”.

“En el caso de la prueba pericial es imprescindible el análisis de la persona

del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales.”¹⁴⁶Ciertamente al juez le queda vedado el inmiscuirse en el fondo del dictamen por encontrarse fuera de sus posibilidades, competencias, y conocimientos ya que es el perito el que maneja la ciencia o arte por la que es consultado. Lo que sí podría hacer el Juez, es calificar si determinada persona cuenta con los conocimientos adecuados para opinar en determinada materia. De esa forma sería **ilógico** que le entregáramos gran valor a la opinión que por ejemplo pudiera dar Leonardo Da Vinci, respecto de la autoría de una fotografía digital, ya que si bien es indiscutible que es un gran profesional, nada sabe respecto de archivos digitales.

Ahora bien ¿qué características debería reunir un perito para poder entregar una opinión válida respecto de la autoría de una fotografía digital? La respuesta a esta pregunta se torna un poco complicada toda vez que, como vimos, los conocimientos científicos “constituyen reglas generales (premisas mayores) que buscan aplicarse a nuevos casos e igualmente sólo constituyen conocimientos probables, **y por tanto provisorios que pueden cambiar con el tiempo**”¹⁴⁷. Ahora bien ¿cómo podría el juez entonces valorar la profesionalidad de un perito?, ¿tendría que pedir un peritaje para saber cuáles características debería tener un perito para opinar respecto de la autoría de una fotografía digital.? Nos referiremos a estos temas en lo sucesivo.

¹⁴⁶ NIEVA F. Op. Cit. (2010, ISBN: 978-84-9768-757-7), p. 289

¹⁴⁷ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 351 el destacado es nuestro.

Debemos tener muy presente que los conocimientos científicos se refieren al avance de la ciencia y/o técnica del momento en que se adquirieron, de forma que nuestra respuesta debe ser neutra tecnológicamente hablando, ya que si bien podríamos entregar una serie de requisitos y estudios con los que debería cumplir el 4 de septiembre de 2014, un perito especialista en el análisis de fotografías digitales, esto carecería de sentido porque puede ocurrir que el día de mañana estos conocimientos ya sean superados por una nueva técnica. Nuestra respuesta entonces debe ser en términos generales y abstractos, y el instrumento que por definición es general y abstracto es la ley, revisemos entonces si la ley considera alguna solución para este asunto.

El artículo 416 bis del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a las nóminas que deben elaborar las Cortes de Apelaciones de peritos de forma bianual, en su párrafo tercero dispone que para su elaboración:

“(…) Cada Corte de Apelaciones convocará a concurso público, al que podrán postular **quienes posean y acrediten conocimientos especiales de alguna ciencia, arte o especialidad, para lo cual tendrán especialmente en cuenta la vinculación de los candidatos con la docencia y la investigación universitarias**. El procedimiento para los concursos, su publicidad y la formación de las nóminas de peritos serán regulados mediante un Auto Acordado de la Corte Suprema, que se publicará en el Diario Oficial.”¹⁴⁸

¹⁴⁸ Código de Procedimiento Civil, artículo 416 bis, disponible on line en:

Nuestra ley, pone de carga del perito el acreditar los conocimientos en la ciencia o arte que posee, tomando en cuenta en especial:

- 1) Vinculación del perito con la docencia.
- 2) Vinculación del perito con la investigación universitaria.

Como podemos ver nuestra ley le otorga un especial valor a ciertas manifestaciones del conocimientos muy ligadas con la innovación, de forma que nuestro legislador se hace cargo de la rápida caducidad de los conocimientos científicos, enfatizando la necesidad de que el perito se encuentre “al día” en los nuevos descubrimientos y avances científicos de su área de especialidad, cuestión que se debería presumir en quienes están ligados a la docencia y a la investigación universitaria.

Como la ley exige a los postulantes el “acreditar” sus conocimientos, y atendido a que los conocimientos van evolucionando con el tiempo, sería conveniente para el juez el tener a la vista un currículum actualizado a la hora de valorar el dictamen. Coincidimos con Nieva Fenoll en que “también es muy útil que informe de su experiencia ante los tribunales, a fin de valorar si es un perito habitual, o bien es un experto que se dedica a su trabajo cotidiano y que, excepcionalmente colabora con los órganos jurisdiccionales”¹⁴⁹.

<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0> [Fecha de Consulta: 04-09-2014], el destacado es nuestro.

¹⁴⁹ NIEVA F., Jordi, Op.Cit., p. 289

También estamos de acuerdo, en cuanto considera que no debería atenderse al **rango académico** o a la posición que ocupe un perito al interior de la empresa, toda vez que este tipo de designaciones muchas veces responden a motivaciones distintas a los méritos profesionales. Además existe la posibilidad de que a medida de que el perito vaya teniendo un cargo más alto al interior de alguna organización, se vaya alejando del ejercicio de su oficio o profesión, para acercarlo a otro tipo de tareas más bien políticas o administrativas.

Los peritos consultados, también manifestaron conciencia respecto a la necesidad de mantenerse al día en los conocimientos de su ciencia o arte. Por ejemplo, consultado respecto a los títulos y calidades que debe reunir un perito para determinar la autoría de una fotografía digital, José Silva Bustos, perito especialista en fotografía nominado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago para el bienio 2013-2014 en una entrevista en el marco de esta investigación, señaló:

“Los requisitos para ingresar como perito a la policía o bien como perito judicial, no son muy exigentes. Sólo se exige un título técnico o profesional que haya significado al menos cuatro años u ocho semestres y de estudio, idoneidad moral, idoneidad penal (es decir no tener antecedentes penales). Este título sólo debe estar relacionado con la fotografía, pero da lo mismo el año en que hayas obtenido el título profesional, sería indistinto haber estudiado fotografía en 1940 o en el año 2013 (lo que podría significar una diferencia importante en conocimientos técnicos). Si te titulaste el año cuarenta y no te has actualizado no

tienes idea de la tecnología actual. Muchos fotógrafos antiguos, no están muy al día con estos temas. **Si uno no se actualiza, se va quedando atrás y hoy prácticamente no hay nadie que trabaje con fotografía analógica. Ahora más allá de los requisitos legales, un buen perito debería mantenerse actualizado, debiera estar familiarizado con las nuevas tecnologías.** En mi opinión, debería existir un examen de conocimientos generales de la actualidad tecnológica.”¹⁵⁰

c. Cumplimiento de los requisitos internos del dictamen

El autor Nieva Fenoll, considera que el juez en la tarea de valoración de un dictamen “sólo podrá apreciar aquellos extremos que un jurista, en general, pueda observar sin más esfuerzo que el derivado **de la búsqueda y del contraste de datos objetivos**”¹⁵¹. Estos esfuerzos consideran la aplicación de criterios racionales como el evaluar según la lógica y las máximas de la experiencia, que el autor sistematiza en una serie de criterios que consideramos de suma utilidad, cuales son los siguientes:

a) **La coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial.**

Este autor considera que lo primero que debe revisar un juez, es que el dictamen no sea contradictorio y además sea inteligible, se refiere a la valoración del informe conforme a los principios de la lógica, principios que ya revisamos más atrás. En cuanto a la inteligibilidad

¹⁵⁰ Entrevista a José Silva Bustos, realizado en el marco de esta investigación, disponible completa en el Anexo de esta memoria-

¹⁵¹ NIEVA F., Jordi. Op.Cit., p. 290-291

el autor lo considera “algo mucho más comprometido, porque no es infrecuente que el perito, siendo para él obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que no se aciertan a entender las razones de que el perito haya dictaminado de un modo u otro.

Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva.”¹⁵²

La inteligibilidad será clave en peritajes que busquen probar la autoría de una fotografía digital, ya que los conocimientos necesarios para realizar este tipo de dictámenes son sumamente técnicos y alejados de los saberes que normalmente manejaría un juez. Claramente concordamos con Nieva Fenoll en el sentido que al menos debe ser inteligible el dictamen. Una cosa es que al juez le esté vedado el poner en duda conocimientos científicos, y otra es que falle sin entender la opinión que motiva una decisión judicial. Debería entonces en el dictamen considerar también una función

¹⁵² NIEVA F., Jordi. Op. Cit., p. 292-293

didáctica, introduciendo en conceptos que permitan a un hombre medio el entender las materias en él tratadas. “Es preciso que se advierta al perito, en el momento de su designación, que el dictamen que debe realizar está dirigido a personas que no son expertas y que, por tanto, debe hacer un esfuerzo suplementario en la exposición de sus conclusiones, a riesgo de que no sean tenidas en cuenta finalmente y el dictamen acabe resultando, en su conjunto, inútil con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.”¹⁵³

b) El seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos.

En este punto Nivea Fenoll, desarrolla una interesante lista de “estándares de calidad” en la investigación científica desarrollada por un perito que ciertamente podrían ser aplicados al dictamen que se refiere a la autoría de una fotografía digital, así plantea:

“1. Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional”¹⁵⁴.

El cumplimiento de estos estándares se debería desprender del peritaje mismo, por ejemplo un perito podría señalar en su dictamen, que en

¹⁵³ NIEVA F., Jordi. Op. Cit. p. 293

¹⁵⁴ NIEVA F., Jordi. Op. Cit. p. 295

la revisión de la metadata de una fotografía digital, certificó el levantamiento de esta información a través de un programa informático que cumple con estándares internacionales ISO y que de esa metadata se desprende que tal persona es el autor de tal fotografía.

“2. Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes”¹⁵⁵

Esto se encuentra muy relacionado con lo anterior, en el fondo se debe dar fe que en los procedimientos utilizados se utilizaron estas normas de calidad vigente, siguiendo el ejemplo anterior, se podría dar fe en un peritaje que se cumplieron con las normas internacionales ISO en el levantamiento de la información, a través de un dispositivo Token, que contiene una firma digital avanzada que verifica que tal perito, utilizó X programa que cumple con Y norma internacional, con Z fecha.

“3. Que el dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica.”¹⁵⁶

Como en todas las técnicas humanas, la posibilidad de error siempre está presente, trabajando con nuestro ejemplo del dictamen respecto de la autoría de una fotografía digital, un perito podría mencionar que la metadata

¹⁵⁵ Ibídem.

¹⁵⁶ NIEVA F., Jordi. Op. Cit. p. 296

es un 90% confiable para determinar que tal persona es el autor de una fotografía. La mención de este grado de certidumbre debiera estar entre los requisitos mínimos a exigir por un juez en la elaboración de un dictamen, ya que este dato estadístico, puede ayudar a entender la seguridad con que el perito afirma tal conclusión y este mismo nivel de seguridad le puede ayudar al juez a valorar tal dictamen, así se evita, que se falle en un sentido injusto, producto del trabajo poco riguroso de un perito conformista que haya utilizado alguna técnica poco confiable pero que a él le parezca suficiente, ya que esta poca confiabilidad, quedará manifiesta en el dictamen y así el juez podrá desechar esta prueba poco confiable.

“4. Que el dictamen se base en suficientes hechos y datos”¹⁵⁷

Esto está relacionado con el principio de la lógica de la razón suficiente revisado más atrás. El dictamen debería entonces acreditar que este fue realizado con la suficiente profundidad, apoyándolo en hechos y datos recolectados en la etapa de investigación por parte del perito.

Nieva Fenoll considera que “también debe acreditar que no haya pasado demasiado tiempo para realizar el examen, de forma que se corrompa el objeto de la pericia”¹⁵⁸. En el caso de una fotografía digital, por ejemplo se podría dañar el archivo que contiene a la imagen o sus metadatos con el tiempo o con una manipulación excesiva o descuidada del

¹⁵⁷ NIEVA F., Jordi. Op. Cit., p. 297

¹⁵⁸ *Ibíd*em

archivo digital.

Consideramos, sin embargo, que en este estándar, la cantidad de datos suficientes para determinar la autoría de una fotografía digital mediante el archivo mismo, es algo que determinará el perito y el juez no podrá valorar como insuficiente la determinación de la autoría de una fotografía digital basada en el análisis de un solo hecho o dato (como podría ser la metadata) ya que es un terreno que pertenece a los conocimientos de la ciencia o arte del perito. Nieva Fenoll, se hace cargo de este tipo de situaciones y considera que “la experiencia del juez en los distintos dictámenes periciales (...), tendría que jugar un papel fundamental, porque podrá valorar si el dictamen es ilusorio, o está basado realmente en datos auténticos y, sobre todo, suficientes, utilizando debidamente su propia experiencia adquirida a través del debido aprendizaje”¹⁵⁹

d. El contraste del parecer expresado en el dictamen.

Nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 414, que se refiere a la audiencia de designación de peritos, considera la posibilidad que las partes o en su defecto el tribunal fijen entre otras cosas el número de peritos, es decir se abre la posibilidad para que existan dos o más peritos. Como nuestro código no considera ninguna regla como por ejemplo que el número de peritos sea impar, podría darse el caso de que existieran

¹⁵⁹ NIEVA F., Jordi. Op. Cit., p. 298

informes de peritos contradictorios, de este problema se preocupa Nieva Fenoll. Revisaremos su posición al respecto.

El autor, enfrentado a esta situación en el que dos o más dictámenes se contradigan entre sí, considera que “el problema es ciertamente complejo, y si ni doctrina ni jurisprudencia le han encontrado una solución razonable no ha sido por falta de esfuerzo, sino porque la cuestión es muy delicada. Partiendo de la base de que un juez no tiene los conocimientos técnicos de la materia objeto del dictamen, el hecho de que siga el parecer de un perito significa automáticamente que ignorará la opinión del dictamen contradictorio. Y lo lógico en ciencia es rebatir una opinión con argumentos científicos, que en este caso el juez no tiene. Por consiguiente, el juzgador seguirá uno de los dos o más dictámenes existentes, simplemente porque le convence más.”¹⁶⁰ Este autor también señala que es posible de que el juez pueda tener conocimientos en la ciencia o arte sobre la que verse el dictamen, y en estos extraños casos podría entonces otorgarle valor a alguno de los dictámenes en razón de sus conocimientos, cosa que haría en virtud de las máximas de la experiencia. Sin embargo esta es una situación sumamente excepcional, lo normal es que el juez no posea conocimientos técnicos, o siquiera nociones para la materia que interviene el perito.

Desecha la opción, para los casos que el juez no tenga conocimientos

¹⁶⁰ NIEVA F., Jordi. Op. Cit., p. 300

en la ciencia o arte objeto del dictamen, de que este pueda seleccionar aspectos de los dictámenes que le parezcan más fundados “porque con ello estará procediendo a una completa mutilación de los mismos siguiendo simplemente su intuición, lo que puede conducir a un resultado todavía más incorrecto.”¹⁶¹

Plantea este autor que lo único que puede hacer un juez, es darle validez al dictamen que mejor le parezca según los requisitos revisados más arriba, es decir considerar la profesionalidad del perito, y el cumplimiento de los requisitos internos del dictamen (“coherencia interna, razonabilidad y seguimiento de parámetros científicos de calidad en el dictamen, motivando debidamente esos extremos”¹⁶²). Si alguno de los dictámenes sigue mejor a los criterios mencionados, debería optar por aquel que mejor los cumpla. Este autor va más allá y se pone incluso en los casos en que estemos ante dos dictámenes que cumplan perfectamente estos requisitos, en cuyo caso la salida sería acudir a otros medios de prueba, medios sobre los que volveremos más adelante.

Finalmente, el autor plantea el escenario en que dos peritajes contradictorios, ambos perfectamente válidos, en el que se recurrió a otros medios de prueba para poder revisar si estos apoyaban a alguno de las posiciones y estos no dieron ninguna luz; en este caso entonces, el autor

¹⁶¹ NIEVA F., Jordi. Op. Cit. p. 301

¹⁶² *Ibidem*

propone que llegado a “ese punto, no va a quedar otro remedio que aplicar las reglas de la carga de la prueba”¹⁶³ o bien alguna presunción.

Luego desarrolla un párrafo respecto de que ocurre cuando un dictamen está en contradicción con otros medios de prueba. Sin embargo en este sentido no seguiremos su esquema toda vez que para nosotros, el dictamen viene a analizar el primer medio de prueba con el que contamos un instrumento, y los otros medios de prueba van a ser más bien residuales, para los casos de que el peritaje no resuelva la cuestión de quien es el autor de una fotografía digital.

D. Rol de los testigos en la prueba de la titularidad de una fotografía digital

Antes de revisar como se ha definido el medio de prueba “testigos” en la doctrina, recapitularemos la forma que consideramos más adecuada para probar la autoría de una fotografía digital. Esto con el fin de que podamos entender mejor el momento en que aparecerá la prueba de testigos y en las hipótesis en las que esta podría prestar alguna utilidad.

- i) Consideramos que el medio de prueba que mayor utilidad podrá prestar, será el archivo digital mismo que contiene a la fotografía

¹⁶³ NIEVA F., Jordi. Op. Cit., p. 302

digital. Este medio de prueba, lo podemos presentar por ejemplo en un procedimiento civil, como instrumento según vimos anteriormente. La parte que más indicios respecto de quién es el autor de una fotografía digital, creemos la podemos encontrar en la “metadata”, que es una parte del documento electrónico que contiene distinta información que nos puede permitir vincular al autor con su obra, pudiendo encontrar incluso en esta una firma digital que nos indique quién es el autor de una fotografía.

ii) Como lo más probable es que el juez no tenga los conocimientos técnicos necesarios para justipreciar esta metadata, resulta necesario la intervención de un perito que pueda revisarla. En especial este peritaje servirá para autenticar la metadata y verificar que esta no haya sido alterada.

iii) En los casos de que el informe del perito no sea concluyente, no cumpla con ciertos requisitos mínimos en base a los principios de la lógica, o que exista más de un peritaje y estos sean contradictorios (siendo ambos igual de válidos según los criterios revisados previamente), en subsidio aplicaremos otros medios de prueba y dentro de estos medios de prueba nos encontramos con los testigos.

El medio de prueba de “testigos” aparecerá entonces en una etapa probatoria muy avanzada en casos en donde del análisis del documento

electrónico en sí, resulte una prueba muy débil, o bien la contienda procesal haya sido tal, que ambas partes cuenten con pruebas de igual valor.

En todo caso, un litigante diligente debería ponerse en todos los casos y contar también con testigos para afirmar su pretensión en juicio.

i. Concepto

El diccionario de la Real Academia Española, define en sus primeras dos acepciones a testigo como:

“Testigo.

(De testiguar).

1. com. Persona que da testimonio de algo, o lo atestigua.

2. com. Persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo.”¹⁶⁴

Por otro lado el profesor Cristian Maturana, recurre a las definiciones doctrinarias clásicas y señala que; “El testigo es la persona, que habiendo tenido presumiblemente conocimiento de un hecho que ha caído bajo la acción de sus sentidos, es llamado luego para prestar declaración en un juicio acerca del mismo. (Couture).

¹⁶⁴ Diccionario de la Lengua de la Real Academia, disponible on-line en <http://lema.rae.es/drae/?val=testigo> [fecha de consulta 04-09-2014]

El testigo es la persona distinta de los sujetos procesales llamada a exponer al juez las propias observaciones de hechos acaecidos que tienen importancia en el pleito (Chiovenda).

Los testigos son terceros extraños al juicio que declaran bajo juramento acerca de la verificación de ciertos hechos que se controvierten en el proceso. (Mario Mosquera).¹⁶⁵

ii. **Requisitos para ser testigo en la prueba de la autoría de una fotografía digital**

De las tres definiciones anteriores, el autor considerando los elementos en común, extrae tres requisitos que deben concurrir en una persona para que tenga la calidad de testigo en un proceso, estos son:

- a) **Debe tratarse de un tercero indiferente dentro del proceso.** Al respecto, al igual que en cualquier juicio en que intervenga un perito, éste no debe ser la parte, ni tener relación con alguna de ellas. Adicionalmente, no debe tener ningún interés en el resultado del juicio, de forma que quedan excluidos los terceros independientes, coadyuvantes o excluyentes.

- e) **Debe declarar sobre hechos precisos que conoce por haberlos**

¹⁶⁵ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 477

percibido por sus propios sentidos o el dicho de otro”¹⁶⁶

Al respecto considerando que “siempre deberán declarar acerca de situaciones de carácter fáctico, no pudiendo rendirse prueba testimonial sobre cuestiones de derecho”¹⁶⁷ y por ende no podría dar declaraciones respecto de si debiera considerarse a la fotografía digital como una prueba admisible en tanto instrumento, toda vez que debe referirse a hechos que permitan probar la autoría de una fotografía digital.

Recordemos que hemos considerado que este medio es subsidiario a los instrumentos y a los peritajes, aplicable a casos en que estos o no existen o son sumamente débiles, por lo que se requiere complementarlas a través de un testigo, cuya declaración deberá versar sobre “hechos ciertos precisos y determinados, no pudiendo éste proceder a emitir en sus declaraciones opiniones o apreciaciones, puesto que ellas corresponderán efectuarlas al tribunal o a los peritos mediante el informe que se les recabe en atención a sus conocimientos técnicos o científicos.”¹⁶⁸

Si bien esta es una cuestión de hecho a verificar en cada caso concreto, estimamos de utilidad referirnos a un par de hipótesis que

¹⁶⁶ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 477

¹⁶⁷ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 479

¹⁶⁸ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 478

creemos podrían acaecer en la realidad, relacionadas con el empleo de la metadata, como parte del instrumento “documento electrónico”, la que, según vimos, podría contener información que nos permitiría vincular a un autor con una fotografía digital.

La primera dice relación con la información “cámara con que se realizó la toma”, “fecha y hora de captura”, “lugar de captura”, “condiciones de la captura”, “**autor**”. Si aparece este último campo, tal como vimos previamente podríamos considerarlo como una firma digital y por ende concentrar los esfuerzos probatorios a lo largo del proceso en el análisis del instrumento. Sin embargo no siempre los dueños de una cámara fotográfica tienen la prevención de configurar este campo “autor”, de forma que en estos casos podríamos necesitar escuchar a un testigo.

En la mayoría de los casos, en la metadata podremos encontrar información respecto de con que cámara fue capturada una fotografía. Si la cámara estuviera registrada por ejemplo en la página web del fabricante, entonces podríamos considerar que el titular del registro es el autor de las fotografías capturadas con esa cámara. Por otro lado si no ha sido registrada, o bien está registrada a nombre de una persona jurídica (la que no podría ser autor o creadora de una obra protegida por el derecho de autor per se), cobraría mucho valor la palabra de un testigo, ya que con

ayuda de la metadata, podremos saber con precisión que una fotografía fue capturada con una determinada cámara fotográfica pero desconocemos quien fue el que disparó con dicha cámara, entonces los hechos precisos en base a los que debería declarar un testigo en este caso serían:

- Que **X persona capturó tal imagen con Y cámara fotográfica**, según le consta.
- También podría ocurrir incluso que haya usado una cámara una persona diferente a la que aparece en el campo autor de la metadata, por ejemplo, porque quien realizó la cámara la poseía en virtud de un comodato. En este ejemplo, sería el autor de la obra, el creador de la misma, y no quien figura como tal en la metadata. En esta hipótesis, también cobraría sentido la declaración de un testigo, declarando sobre los hechos precisos similares a los vistos en el caso anterior.
- Si bien existe una infinidad de hechos precisos sobre los podría declarar un testigo que podrían ayudar en la determinación de la autoría de una fotografía digital, trajimos a colación estos dos ejemplos por considerarlos relevantes en nuestras hipótesis y métodos de prueba de la autoría, teniendo una pretensión simplemente didáctica y en ningún caso totalizadora del

problema ni mucho menos taxativa.

- En estos casos, la persona que alega que tenía derechos legítimos para utilizar el aparato debiera acreditar, por ejemplo, a través de testigos esta circunstancia, de forma que los hechos sobre los que deberían declarar los mismos es que les consta, que X se encontraba autorizado a utilizar la cámara fotográfica por su dueño, en el espacio de tiempo en que fue capturada la fotografía.

f) Debe conocer los hechos por haberlos percibido por sus propios sentidos o por el dicho de otro

El profesor Maturana señala que “la característica básica de la prueba testimonial es la percepción sensorial del hecho sobre el cual se depone.

La forma de poder demostrar al tribunal el testigo de esta percepción sensorial es dando razón de sus dichos.”¹⁶⁹

Es decir el testigo debe ser capaz de convencer al tribunal de la razón que le hace sostener el acaecimiento de ciertos hechos, que pudo haberlos presenciado directamente, o bien puede haberlos escuchado de un intermediario, esto es “de oídas”.

¹⁶⁹ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 478

Creemos que se diluye demasiado la prueba de la autoría digital con un testigo de oídas. Lo más probable es que un juez no pudiera otorgarle demasiado valor probatorio o al menos que fuera una prueba sumamente discutible, aquella basada en que un testigo, oyó que otra persona es el autor de una fotografía digital, parece no otorgar garantías de nada. Afortunadamente nuestra legislación considera que “la declaración de los testigos de oídas basados en el dicho de otras personas sólo pueden servir de **base de una presunción judicial**. Sin embargo estas declaraciones cuando se refieren a lo que el testigo oyó decir de las partes son válidas siempre que sirvan para esclarecer el hecho que se trata. Art. 383 del C.P.C.”¹⁷⁰

iii. Valor probatorio de la prueba testimonial en la acreditación de la autoría de una fotografía digital

No podemos ignorar el hecho de que históricamente se ha mirado a la prueba de testigos con cierta desconfianza. Así el mismo Andrés Bello en el mensaje del Código Civil dispone que “se hace obligatoria la intervención de la escritura para todo contrato que versa sobre un objeto que excede de cierta cuantía, pero el ámbito demarcado para la admisión de otra clase de pruebas es mucho más amplio que en otras legislaciones: en especial la de Francia y la de Portugal, países en que esta limitación de la prueba de testigos es ya antigua, y ha

¹⁷⁰ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 524

producido saludables efectos. **No hay para que decirlo la facilidad con que de por medio de declaraciones juradas puedan impugnarse y echarse por tierra los más legítimos derechos. Conocida es en las poblaciones inferiores la existencia de una clase infame de hombres, que se labran un medio de subsistencia en la prostitución del juramento.** Algo tímidas parecerán bajo este punto de vista las disposiciones del proyecto; pero se ha recelado poner trabas a la facilidad de las transacciones, y se ha creído más prudente aguardar otra época en que generalizado por todas partes el uso de la escritura, se pueda sin inconveniente reducir a más estrechos límites la admisibilidad de la prueba verbal”¹⁷¹.

El mensaje del Código Civil, ilustra muy claramente las razones de esta desconfianza hacia los testigos, que se resumen en la facilidad con que testigos pueden entregar falsas declaraciones, y en la existencia de personas que tienen por oficio el prestar falsos testimonios.

Nuestra legislación no es ajena a este problema y genera una serie de herramientas que buscan elevar la calidad de este medio de prueba, de forma que la declaración de un testigo sea lo más fidedigna posible.

Como veíamos más arriba, en la determinación de la autoría de una fotografía digital, pudiera ocurrir en ciertos supuestos de hecho, que los dichos de un testigo sean clave para esclarecer quién es el autor de una determinada obra.

¹⁷¹ Mensaje del Código Civil Chileno, disponible en “Código Civil”, Lexis Nexis, Sexta Edición, Enero de 2006, Santiago, p. 9, el resaltado es nuestro.

A continuación revisaremos estos mecanismos que buscan mejorar la calidad de un testigo, como por ejemplo ciertas limitaciones a la prueba testimonial que establece la ley, tales como la no procedencia de la prueba de testigos para probar un contrato o acto que haya debido consignarse por escrito, o bien para acreditar la adición o alteración de lo expresado en un contrato. Cabe destacar que revisaremos solo las que consideramos atinentes al tema que nos convoca, más información se pueden encontrar en múltiples manuales.¹⁷²

iv. Capacidad para ser testigo

Con respecto a la capacidad para ser testigo, en el contexto de un procedimiento civil, “la regla general es que todos son hábiles, salvo aquellos que la ley declare inhábiles para ser testigos en juicio”¹⁷³, según dispone el artículo 356 de nuestro Código de Procedimiento Civil.

Entonces, cualquiera que haya tenido conocimiento de algún indicio que pueda esclarecer los hechos respecto de quién es el autor de una fotografía digital, podría en principio declarar en el juicio correspondiente, ya sea porque lo presenció directamente o bien como testigo de oídas, salvo que la ley establezca lo contrario. Nuestro legislador, al respecto generó dos clases de inhabilidades, una inhabilidad absoluta y una inhabilidad relativa

¹⁷² Como por ejemplo en MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081)

¹⁷³ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 497

para ser testigos.

Tratándose de las inhabilidades absolutas, la persona afectada “no podrá declarar en ninguna clase de juicio. Los motivos por los cuales se establecen estas inhabilidades obedecen a faltas de capacidad mental para percibir los hechos sobre los cuales recae el testimonio o de comunicar estos al tribunal (N°s 1 a 5 del Art. 357), y la concurrencia de antecedentes que hagan dudar de la buena fe u honestidad del testigo (N°s 6 a 9 del Art. 357)”¹⁷⁴.

Nuestro legislador entonces mediante estas inhabilidades, se asegura de que la persona que esté declarando respecto de estos indicios, sea mentalmente y moralmente solvente como para otorgar cierta credibilidad a sus dichos para que sean valorados por el juez.

Por otro lado, considera también ciertas hipótesis de inhabilidad relativa, “los motivos por los cuales se establecen estas inhabilidades obedecen a razones de parentesco, dependencia, interés en el pleito y amistad o enemistad.”¹⁷⁵ En este caso, el legislador busca asegurar que el testigo sea lo más imparcial posible. En todo caso, las relaciones de amistad o enemistad, deben ser probadas al tribunal a través de manifestaciones “graves” (cuestión que será calificada por el tribunal caso a caso).

¹⁷⁴ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 497

¹⁷⁵ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 498

Las inhabilidades relativas “no podrán hacerse valer cuando la parte a cuyo favor se hallan establecidas.”¹⁷⁶, vale decir por ejemplo un fotógrafo que alega la autoría de una imagen, podría presentar como testigo a un amigo de su contraparte.

Es muy importante considerar que el mercado laboral de los fotógrafos profesionales en Chile es muy pequeño, de forma que es muy frecuente que entre ellos existan relaciones de amistad o enemistad, de forma que las posibilidades que exista alguna inhabilidad relativa respecto de un testigo para probar la autoría de una fotografía digital son elevadísimas, de modo que vale la pena revisar este tema un poco más a fondo. A continuación revisaremos entonces las tachas de los testigos.

a. La tachas de testigos

Estas tachas, no son más que una herramienta que buscan garantizar la idoneidad moral y mental de los testigos, para entregar declaraciones imparciales y creíbles.

Consisten en la una objeción realizada por una de las partes en relación a un testigo, con el objeto de restar valor a las declaraciones poco confiables. Como ya vimos, la declaración de un testigo podría ser decisoria con respecto a la determinación de la autoría de una fotografía digital, de modo que la correcta utilización de las tachas puede ser la clave a la hora de definir la autoría

¹⁷⁶ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 498

judicialmente.

El profesor Maturana las define como “el medio procesal de hacer valer la inhabilidad que afecta a los testigos”¹⁷⁷.

Este mecanismo es considerado en favor de la parte que quedaría en una posición desmejorada frente a la declaración del testigo afectado por una inhabilidad. El sujeto activo de las tachas será aquel en cuyo beneficio ha sido establecida una determinada inhabilidad.

Es muy importante tener en claro la oportunidad en que se podrá hacer valer la tacha, ya que se entiende como una renuncia tácita a la misma dejar transcurrir la oportunidad procesal sin hacerla valer.

Es distinta la oportunidad procesal para hacer valer las tachas respecto de testigos comprendidos en una lista de testigos, con la oportunidad para hacerlas valer en contra de testigos no comprendidos dentro de esta lista.

Para el primero de los casos, “la oportunidad procesal para hacer valer la tacha está comprendida por el periodo que media desde la presentación de la lista y hasta antes de comenzar el testigo a prestar su declaración (...) En la práctica lo que se hace es tachar al testigo en la misma Audiencia de prueba.”¹⁷⁸

Por otro lado en el segundo caso el “plazo es mayor por cuanto no se ha

¹⁷⁷ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 520

¹⁷⁸ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 521

tenido oportunidad y posibilidad de conocer al individuo que declara. En esta situación el plazo para formular la tacha se amplía comprendiendo los 3 días subsiguientes al examen del testigo¹⁷⁹.

Por último, con respecto a las tachas, es importante considerar que la parte que intente formular una tacha, debe señalar con claridad y precisión los hechos que configuran la inhabilidad respectiva, por ejemplo si considera que él testigo es inhábil porque es amigo del autor de una fotografía digital, la parte que lo alega debería entregar antecedentes de hechos claros, que le den luz al tribunal de esta amistad o de otra forma el juez deberá declarar de inadmisibile la tacha.

b. La valoración propiamente tal de la prueba testimonial

En la elaboración de este párrafo seguiremos la estructura de la valoración de la prueba testimonial elaborada por el profesor Cristian Maturana¹⁸⁰atendida a su claridad y será aplicada a los casos que en particular nos convoca de la prueba de la autoría de la fotografía digital.

Respecto a las **declaraciones prestadas por menores de 14 años**, según lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, serán aceptables en los casos en que estos las presten con suficiente discernimiento. El valor que deberá otorgarle el juez a estas declaraciones

¹⁷⁹ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 521

¹⁸⁰ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 523

será la de **base de una presunción judicial**. Las presunciones judiciales “son aquellos hechos desconocidos que deduce el juez de ciertos antecedentes que constan en el proceso”¹⁸¹, cuestión sobre la que volveremos cuando revisemos las presunciones.

Para el caso de los **testigos de oídas** también sus dichos sólo pueden ser considerados para sentar las **bases de una presunción judicial**, según lo dispuesto en el Art. 383 del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo cuando este testigo haya oído los hechos sobre los que atestigua de las partes, entonces sus dichos serán válidos siempre que sirvan para esclarecer el hecho de que se trata.

En cuanto a los **testigos presenciales**, la ley establece en el artículo 384 del Código de Procedimiento Civil, una serie de reglas que podrían elevar la declaración de testigos a **plena prueba**.

a) El N°1 de este artículo se refiere a que las declaraciones de un testigo presencial, que se encuentre libre de alguna inhabilidad o que no se hayan hecho valer tachas en su nombre, podrá llegar a constituir una presunción judicial, que será valorado atendido a la gravedad y precisión de los dichos del testigo, si es que no ha sido desvirtuado por algún otro medio de prueba.

b) El N°2 se refiere a los casos en que **dos o más testigos** que den

¹⁸¹ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 548

razón a sus dichos, libres de inhabilidades y tachas que estén **contestes en un hecho y sus circunstancias esenciales**. Si sus dichos no son desvirtuados por otros medios de prueba, entonces estos podrán constituir **plena prueba**. Es muy importante entonces para las partes utilizar en la prueba de la autoría de una fotografía digital las tachas en la oportunidad procesal respectiva, de otra forma cabe la posibilidad de que se puedan llegar a resultados injustos determinando la autoría judicialmente, en base a los dichos de testigos que pudieran tener alguna motivación para declarar en un sentido distinta que la percepción de ciertos hechos. Será muy difícil desvirtuar sus dichos con algún otro medio de prueba toda vez que según revisamos más arriba, estimamos que la prueba testimonial concurrirá en los casos en que la prueba por otros medios como instrumentos o peritos, sea débil o contradictoria.

- c) El “N°3. Cuando las declaraciones de los testigos de una parte sean contradictorias con las de los testigos de la otra, tendrán por cierto lo que declaren aquellos que aun siendo en menor número, parezca que dicen la verdad por estar mejor instruidos de los hechos, o por ser de mejor fama, más imparciales y verídicos, o por hallarse más conformes en sus declaraciones con otras pruebas del proceso.”¹⁸²
- Como la ley no define que entiende por “estar mejor instruidos de los

¹⁸² MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 524

hechos, o ser de mejor fama”, consideramos que para no caer en arbitrariedades, el juez debería hacer este examen conforme a los principios de la lógica. También podrían ser de utilidad las herramientas que revisamos como de apoyo en la valoración del informe de un perito.

- d) El N°4 regula el caso en que nos encontramos en testigos de igual calidad pero de distinto número, entonces se dará por probado el hecho de los testigos que estén contestes en un hecho en mayor número.
- e) El N°5 por su parte, reglamenta el caso de un empate en número y calidad de testigos, en estos casos el hecho no se tendrá por probado.
- f) El N°6 finalmente dispone que si las declaraciones de testigos presentados por una parte son contradictorias, se considerará como probado la que favorezca a la contraparte.

“Nuestra Jurisprudencia ha señalado respecto a estas normas que “la historia fidedigna del Art. 384 del Código de Procedimiento Civil, manifestada en las Actas de la Comisión, demuestra de tal manera que pueden desestimar no solo el dicho de uno, sino de cualquier número de testigos, cuando no fueren dignos de fe”(…) Por otra parte, los artículos 383 y 384 utilizan expresiones como imparcialidad, gravedad, precisión, mejor

fama elementos todos que requieren una apreciación por parte de los jueces de la instancia según las facultades que el legislador le ha otorgado para ello, no existiendo para tal efecto una norma sustentada en el sistema de la prueba legal al no ser el legislador quien se ha encargado de establecer de forma anticipada y obligatoria el valor que se le ha de dar a la testimonial¹⁸³. Si bien es cierto no existe una norma, ciertamente esta valoración no puede tener su asiento en los caprichos del juez, de forma que insistimos en que es muy recomendable que se fijen ciertos estándares a revisar al respecto, y creemos que podrían ser muy útiles la aplicación de los principios de la lógica y de las herramientas que desarrollamos anteriormente para la valoración del peritaje.

E. Otros medios de prueba de la titularidad de una fotografía digital

Revisábamos que en Chile en los procedimientos civiles, rige el sistema de prueba legal o tasada con algunas excepciones. Así los medios de prueba se encuentran previamente establecidos por el legislador y dentro de estos las partes deberían desplegar su actividad probatoria.

Los medios probatorios considerados en nuestro Código de Procedimiento Civil como ya vimos son:

- Instrumentos.

¹⁸³ MATURANA M., Cristian. Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 525

- Informes Peritos.
- Testigos.
- Confesión de parte.
- Inspección personal del tribunal.
- Presunciones.

Ya hemos revisado los instrumentos, informes de peritos y testigos que los consideramos como los principales medios para probar la autoría de una fotografía digital.

En este apartado revisaremos a la confesión de parte y la inspección personal del tribunal, que consideramos que serán subsidiarios a los medios de prueba ya revisados, ya que por la naturaleza de una fotografía digital, difícilmente se presentaran en la práctica.

Con relación a las presunciones, estas serán revisadas en un punto final, ya que estas serán el último “frente probatorio” que podrá utilizar una parte que alega se determine judicialmente la autoría sobre una fotografía digital.

i. Confesión de parte

Si bien hemos dicho que la confesión de parte es un medio de prueba que consideramos más bien residual respecto de la autoría de una fotografía digital, se podría probar perfectamente mediante este medio.

El diccionario de la real academia de la lengua, en una de sus acepciones

define a confesión como la “declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro.”¹⁸⁴ El profesor Cristian Maturana, conteste con esta definición, señala que “es aquella que se presta en el juicio en el cual ella es invocada como medio de prueba”¹⁸⁵.

Integrando la definición del diccionario de la real academia de la lengua con la definición del profesor Maturana y aterrizado a la materia que nos convoca, podríamos definir a la confesión como: “La declaración que alguien hace de lo que sabe, espontáneamente o preguntado por otro que se presta en el juicio en el cual ella es invocada como medio de prueba para determinar la autoría de la fotografía digital”. Esta definición sin embargo aún no nos satisface porque muchos sujetos podrían quedar comprendidos dentro de ellas, tales como peritos y testigos.

Esta confesión, como su nombre lo indica, no es realizada por cualquiera sino por una parte dentro del juicio, y no tampoco por cualquiera de las partes sino contra aquella de la que se intenta probar algo. Por ejemplo, un presunto autor no podría confesar que una fotografía es de su autoría, porque para él esto es una pretensión, sin embargo la parte contraria, podría reconocer al interior de un juicio que la fotografía es del pretendido autor.

Entonces, precisando nuestra definición podríamos decir que:

La confesión es la declaración que hace una parte al interior de un

¹⁸⁴ Diccionario de la real academia de la lengua, disponible on-line en <http://lema.rae.es/drae/?val=confesi%C3%B3n> [fecha de consulta: 04-09-2014]

¹⁸⁵ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 406

juicio, respecto de un hecho contrario a sus pretensiones, espontáneamente o preguntado por otro, que se presta en el juicio en el cual ella es invocada como medio de prueba para determinar la autoría de la fotografía digital.

Entonces esta confesión “puede ser **espontánea**, esto es, aquella que se genera en cualquier escrito o actuación que realiza una parte reconociendo la existencia de hechos que la perjudican y favorecen a su contraria.” ¹⁸⁶

O también puede ser una **confesión judicial provocada**, “que es aquella que se puede generar mediante el mecanismo de la absolución de posiciones contemplado en los Arts. 385 a 397 del CPC”¹⁸⁷

Esta absolución de posiciones es un mecanismo que tienen las partes para solicitar al juez que cite a su contraria a realizar una confesión provocada sobre hechos pertinentes al juicio.

Esta absolución de posiciones se puede solicitar por iniciativa de parte o bien por iniciativa del juez a través de una medida de mejor resolver, y puede solicitarse tanto como medida prejudicial probatoria (esto es antes del inicio de un eventual juicio) o bien como un medio de prueba a lo largo del juicio. Si la absolución de posiciones es solicitada, deben absolver las partes, los terceros coadyuvantes, independientes o excluyentes.

Valoración de la confesión de parte

¹⁸⁶ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 460

¹⁸⁷ Ibídem

El profesor Cristian Maturana realiza un esquema del valor probatorio que tienen distintos tipos de confesiones. A continuación revisaremos los casos que consideramos pueden llegar a tener relevancia en la prueba de la autoría de una fotografía digital.

Para el caso de la **confesión extrajudicial verbal**, como vimos antes, cobrará relevancia en la medida que existan testigos de oída de esta confesión y podría llegar a ser base de una presunción judicial.

También podría existir una **confesión extrajudicial escrita**, como por ejemplo podría ser un correo electrónico que envía una de las partes a un autor de una fotografía digital, consultándole cuál es el valor de utilizar su imagen. Para estos casos esta confesión tendrá el valor de una prueba instrumental y se valorará conforme a las reglas que establece el legislador para los instrumentos.

Es relevante también el caso de la **confesión extrajudicial prestada en un juicio diverso**, como por ejemplo, podría darse el caso de que un autor de una imagen ejerza una acción penal en contra de una persona que realiza un uso fraudulento de su fotografía, y esta persona para acceder a algún tipo de beneficio penal como un juicio abreviado, reconozca que hizo un uso no autorizado y con ello la autoría de la fotografía digital, para este caso esta confesión se estima como presunción grave y que podría llegar a constituir plena prueba si el juez considera que esta confesión reviste los caracteres de gravedad y precisión suficientes.

Con respecto a la **confesión judicial**, esta produce los mismos efectos sea expresa, tácita, espontánea o provocada según disponen los artículos 399 y 400 del Código de Procedimiento Civil. La diferencia de valor que le deberá otorgar el juez a una confesión judicial no atiende a la forma en que se prestó sino más bien a los hechos sobre los que versa. Así, hay que distinguir entre una confesión judicial acerca de hechos personales y una confesión judicial acerca de hechos no personales.

Por un lado la **confesión judicial acerca de hechos personales** producirá el efecto de plena prueba. Así el inciso primero del artículo 402 del Código de Procedimiento Civil dispone que “no se recibirá prueba alguna contra los hechos personales claramente confesados por los litigantes en juicio”¹⁸⁸.

“Tenemos que señalar que la confesión judicial acerca de los hechos personales prima de acuerdo con lo señalado por un sector de la doctrina y jurisprudencia sobre cualquier medio de prueba, por lo que ante pruebas contradictorias para acreditar un hecho siempre habrá de optarse por ella. (...)”

En cambio, existe otro sector de la doctrina y jurisprudencia que estima que frente a una prueba de confesión judicial acerca de hechos personales cabe no dar por acreditado el hecho que en ella se reconoce si existen otros medios probatorios de igual valor que se encuentren más conformes con la verdad para dar por establecido otro hecho de acuerdo a lo establecido en el artículo 428 del

¹⁸⁸ Artículo 402 Código de Procedimiento Civil, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0> [Fecha de Consulta: 04-09-2014]

C.P.C.”¹⁸⁹

Si bien existe controversia al respecto, no podemos dejar de hacer notar la importancia que tiene este medio de prueba, de forma que las partes durante su participación en juicio deberán ser sumamente cuidadosas con lo que declaran a fin de no caer en alguna confesión tácita que pudiera terminar por determinar la autoría o rechazar la autoría de una fotografía digital, en contradicción de otros medios de prueba que consideramos más adecuados para probar la misma como por ejemplo el instrumento que contiene a la fotografía (el documento electrónico que almacena a la imagen digital).

La **confesión judicial acerca de hechos no personales**, también produce el efecto de plena prueba, sin embargo en este caso no se discute acerca de la posibilidad de controvertir los hechos de esta confesión utilizando algún otro medio de prueba.

ii. Inspección personal del tribunal

La inspección del tribunal, es definido como un “medio de prueba por percepción, consistente en que el magistrado examine por sí mismo o acompañado de peritos las personas, cosas o situaciones de hecho que constituyen objeto de prueba en un juicio. (Couture)”¹⁹⁰

¹⁸⁹ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081) p. 472

¹⁹⁰ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 540

El profesor Maturana, del análisis de esta definición desprende dos elementos que configuran a este medio de prueba, a saber:

“1. Los hechos que se acreditan a través de este medio de prueba son sólo los apreciados directamente por el tribunal;

2. La inspección personal del tribunal sólo puede ser utilizada para apreciar circunstancias o hechos materiales”¹⁹¹

Ahora bien, ¿cómo podría apreciar directamente el tribunal los hechos que acreditan la autoría de una fotografía digital?, en teoría podría, con un dispositivo adecuado, reproducir una fotografía y acceder a los metadatos de la imagen y analizar si en esta se encuentra alguna firma que pudiera acreditar la calidad de autor de una persona respecto de una fotografía. Sin embargo este es un asunto sumamente técnico, y lo más probable es que el juez no cuenta con tales conocimientos. Claramente existe un sujeto mucho más adecuado para realizar esta comprobación y es un perito.

Podría ser incluso, que las partes reprodujeran este archivo en un equipo y accedieran a la metadata y se la mostraran al juez, en este caso podría concurrir alguna inspección personal del tribunal, sin embargo sería muy extraño que ambas partes estuvieran de acuerdo en la validez de esa metadata, y si lo estuvieran entonces podrían utilizar algún otro método para solucionar su conflicto, como por ejemplo terminarlo mediante una conciliación o de algún avenimiento,

¹⁹¹ Ibídem

que no requeriría de una etapa de prueba.

Consideramos que es muy difícil que en la práctica se utilice este medio de prueba para acreditar la autoría de una fotografía digital, pero si se diera el caso que se utilizara constituiría **plena prueba** cumpliéndose los requisitos que la ley establece de forma copulativa, siendo estos:

2. “Que la inspección personal del tribunal recaiga sobre hechos o circunstancias materiales.
3. Que esos hechos o circunstancias materiales sean asentados de acuerdo a las observaciones del tribunal; y
4. Que se haya dejado constancia en el acta de dichos hechos o circunstancias materiales.”¹⁹²

En el caso del análisis de una fotografía digital, se cumplirían con estos requisitos por ejemplo si la inspección material recayera sobre la corroboración de la existencia de una firma electrónica contenida en la metadata, que de acuerdo a la observación del tribunal efectivamente estuviera presente esa firma y que se deje constancia de ello en el acta respectiva.

¹⁹² MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 544

iii. Las presunciones

- a. Las presunciones y las cargas de la prueba en la determinación del autor de una fotografía digital

En este título revisaremos a las presunciones que consideramos serán los últimos mecanismos para determinar judicialmente la autoría de una fotografía digital y aparecerán en un estadio del proceso en el que bien la prueba es débil, contradictoria o inexistente e impide al juez alcanzar la convicción respecto de la titularidad de una fotografía.

- b. Concepto

Las presunciones, son consideradas por nuestro Código de Procedimiento Civil un medio de prueba y han sido definidas como “un medio de prueba que supone una actividad lógica: una actividad deductiva. (...).

“Consiste en el empleo por la ley o el tribunal de hechos o antecedentes conocidos para deducir o inferir de ellos hechos desconocidos o sustanciales, pertinentes y contradictorios del proceso”.¹⁹³

De esta definición el profesor Maturana extrae los siguientes tres elementos que considera presente en todas las presunciones:

- “1. El hecho o circunstancia conocida, lo que constituye la base o premisa de

¹⁹³ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 545

la presunción.

1. El elemento lógico o actividad racional que se realiza a partir del hecho conocido para unirlo con el hecho desconocido.
2. El hecho presumido, que era desconocido y que como consecuencia del juego de los elementos anteriores pasa a ser determinado”¹⁹⁴

Por ejemplo podría un testigo de oídas de que un fotógrafo es el autor de una fotografía digital, sentar las bases para que luego de una actividad racional el juez de por presumido que X persona es el legítimo autor de una fotografía.

c. Clasificaciones

Nuestra ley desarrolla una serie de clasificaciones con respecto a las presunciones, por ejemplo en la primera de ellas distingue entre presunciones legales y judiciales en el artículo 1712 del Código Civil Chileno que dispone:

“Art. 1712. Las presunciones son legales o judiciales.

Las legales se reglan por el artículo 47.

Las que deduce el juez deberán ser graves, precisas y concordantes.”¹⁹⁵

Las **presunciones judiciales** son hechos desconocidos que deduce el juez durante el proceso, mientras que en las **presunciones legales**, es el legislador

¹⁹⁴ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 546

¹⁹⁵ Código Civil Chileno artículo 1712 disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha de consulta: 04-09-2014]

quien *ex ante* da por cierto un hecho cumplida una determinada premisa, por ejemplo podría entender que un autor de una fotografía ha cedido sus derechos a una empresa periodística si le hace una entrega del negativo o del original de su obra.

A su vez el artículo 47 del mismo cuerpo legal establece una nueva distinción, entre las presunciones simplemente legales y las presunciones de derecho.¹⁹⁶

Siendo **una presunción de derecho** “aquella establecida en la ley en que acreditado el hecho conocido o premisa no es posible rendir prueba para los efectos de destruir el hecho presumido a partir de aquel.”¹⁹⁷, mientras que la **presunción simplemente legal** es aquella que ha establecido el legislador, pero aun cuando se cumpla la premisa por el contemplada, siempre es posible desvirtuarla mediante prueba en contrario. “Las presunciones simplemente legales son aquellas establecidas por la ley y constituyen por sí misma una prueba completa respecto del hecho presumido, pero se admite la rendición de prueba en

¹⁹⁶“Art. 47. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal.

Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.

Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias” Código Civil Chileno artículo 47 disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776> [fecha de consulta: 04-09-2014]

¹⁹⁷ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 547

contrario para los efectos de destruirla.”¹⁹⁸

En el camino de esta investigación, nos encontramos que en muchos casos, otros medios de prueba cuando no eran lo suficientemente fuertes como para formar la convicción en el juez como plena prueba, sentaban las bases de una presunción judicial de forma que nos detendremos un poco en el análisis de esta presunción judicial ya que reviste suma importancia en la determinación de la autoría de una fotografía digital.

d. Las presunciones judiciales

El profesor Cristian Maturana señala que las presunciones judiciales “son aquellos hechos desconocidos que deduce el juez de ciertos antecedentes que constan en el proceso.”¹⁹⁹

Por otro lado este autor, trae a colación una definición de Couture al respecto, quien señala que una presunción judicial es la “acción y efecto de conjeturar el juez, mediante razonamientos de analogía, inducción o deducción, la existencia de hechos desconocidos partiendo de los conocidos”²⁰⁰

La jurisprudencia por otro lado ha señalado que “las presunciones judiciales son los razonamientos por los cuáles los jueces del fondo establecen la verdad de un hecho desconocido por la relación entre éste y otros hechos conocidos. Para

¹⁹⁸ Ibídem

¹⁹⁹ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 548

²⁰⁰ Ibídem

establecer una presunción judicial se requiere la existencia de un hecho real y debidamente probado que sirve de base para deducirla; un hecho desconocido cuya existencia se pretende averiguar, y una relación que es la que determina el juez mediante estos razonamientos.”²⁰¹

Entonces cuando se busca probar la autoría de una fotografía digital, el juez podrá realizar un razonamiento para establecer la verdad respecto de si determinada persona es o no el autor de una fotografía digital, infiriéndolo desde hechos conocidos.

Un ejemplo de lo anterior, lo encontramos en la presentación de una serie de fotografías que tenía respaldadas un fotógrafo, el juez podría realizar una inferencia lógica y deducir que si el fotógrafo tiene respaldada toda una serie, en dónde se incluye la fotografía en cuestión sobre la que se debate la autoría, es muy probable de que él sea el legítimo autor de la obra, ya que posee ciertos respaldos de la información que nadie más que el autor de la misma poseería en condiciones normales, de forma que de un hecho conocido (que una persona posee el respaldo de una serie de imágenes que contiene entre ellas a la imagen sobre la que se discute la autoría), podría llegar a extrapolar un hecho desconocido, la persona que posee el respaldo es el autor, cuestión sobre la que volveremos más adelante.

Ahora bien, la parte final del Art. 1772 del código civil, exige que para

²⁰¹ Exma. Corte Suprema 24.6.1970. Revista de Derecho y Jurisprudencia- T. 67 Sec.1 O. 219, citado en MATURANA Miquel, Cristian, Op. Clt. (2012, apunte 05081),, p. 548

constituir plena prueba las presunciones judiciales deben ser graves, precisas y concordantes, el profesor Cristian Maturana, considera que por el uso en plural de estas expresiones las presunciones deberían ser dos o más, cuestión que es al menos discutible ya que podría el artículo estar refiriéndose no a una exigencia legal de la concurrencia de dos o más presunciones, sino más bien puede estar en plural por referirse al género “presunciones judiciales”. Claro está que un litigante precavido debería presentar al menos dos hechos que puedan devenir en una presunción judicial para efectos de estar en una mejor posición procesal para efectos de demostrar los hechos que pretende en un juicio.

Con respecto a las bases de las presunciones judiciales “la constituyen los hechos no probados en forma plena por las partes”²⁰² que “son creadas por el propio juez, aunque muchas veces es el propio legislador en la propia ley la que establece la base sobre la cual se ha de constituir la presunción judicial. P. ej En la prueba testimonial; de acuerdo al Art. 383 el testimonio de oídas y la declaración de un menor de 14 años según el Art. 357; y la confesión extrajudicial verbal según el Art. 398 inc.1, constituyen una base de presunción 398 CPC”²⁰³

Las expresiones graves, precisas y concordantes utilizadas en el Código Civil no han sido definidas por el legislador, de forma que queda al criterio del juez del fondo el darle un contenido a que significa esto de que las presunciones deban ser graves y precisas, cuestión que debería al menos fundamentarla en los principios

²⁰² MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 549

²⁰³ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 549

de la lógica. El profesor Maturana, intentando llenar este vacío, considera “que sean **graves**, significa que la presunción sea ostensible; debe aparecer plenamente configurada de los hechos que le sirven de base, de manera que a partir de ellos exista un nexo causal que lleve como consecuencia lógica a la determinación del hecho presumido.

Que sean **precisas** significa que no debe ser vaga, difusa y susceptible de conducir a conclusiones diversas.

Que sean **concordantes**, significa que ellas deben ser armónicas, no deben ser contradictorias entre sí, de manera que induzcan todas a la misma conclusión de haber existido el hecho presumido.”²⁰⁴

e. Presunciones legales relevantes en la prueba de la autoría de una fotografía digital

A lo largo de esta investigación nos encontramos con dos presunciones legales relevantes para la prueba de la autoría digital, ambas en la ley de propiedad intelectual 17.336 en los artículos 8° y 34 de la referida ley.

El artículo 8° de la ley 17.336 dispone:

“Artículo 8°- Se presume autor de una obra, **salvo prueba en contrario**, a quien aparezca como tal al divulgarse aquélla, mediante

²⁰⁴ MATURANA Miquel, Cristian, Op. Cit. (2012, apunte 05081), p. 550, el resaltado es nuestro.

indicación de su nombre, seudónimo, firma o signo que lo identifique de forma usual, o aquél a quien, según la respectiva inscripción, pertenezca el ejemplar que se registra.”²⁰⁵

Este artículo contiene dos presunciones simplemente legales, ya que el mismo artículo admite prueba en contrario. Por un lado existe una presunción respecto de que es autor quien ha registrado un ejemplar de la obra en el registro de propiedad intelectual respectivo y por otro lado considera la posibilidad de presumir autor a quien haya firmado la obra, cuestión que analizamos a propósito de la firma digital como integrante de la metadata para probar la autoría de la obra.

El artículo 34 de la ley de propiedad intelectual dispone:

“Artículo 34.- Corresponde al fotógrafo el derecho exclusivo de reproducir, exponer, publicar y vender sus fotografías, a excepción de las realizadas en virtud de un contrato, caso en el cual dicho derecho corresponde al que ha encargado la obra, y sin perjuicio de lo que establece el N° 1) de la letra c) del artículo 24.

La cesión del negativo o del medio análogo de reducción de la fotografía, implica la cesión del derecho exclusivo reconocido en este

²⁰⁵ Ley 17.336 artículo 8°, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [fecha de consulta: 04-09-2014] el resaltado es nuestro.

artículo.²⁰⁶

Si bien esta presunción no se refiere a la autoría de la fotografía digital, por su cercanía con el tema merece una mención, esta contiene una cesión de ciertos derechos que le corresponden exclusivamente al fotógrafo sin la posibilidad de admitir prueba en contrario (presunción de derecho).

Como revisamos en su ocasión, consideramos que al menos es muy discutible el hecho de que esta presunción pueda ser utilizada para el caso de la fotografía digital, ya que tras la cesión del negativo había una suerte de desprendimiento por parte del fotógrafo de la obra al realizar la entrega del original de la misma, cuestión que no ocurre en la simple entrega de una fotografía digital, toda vez que estamos en presencia de una copia y no existiría un archivo original con el que podamos fuera de toda duda de que hubo un ánimo de desprendimiento con su entrega por parte del autor.

- f. Antecedentes identificados en la investigación, que pueden conformar bases de una presunción judicial para la determinación de la autoría de una fotografía digital

Para finalizar el Estudio de las presunciones nos referiremos a algunos hechos que pueden configurar la base de una presunción judicial, según fuimos recogiendo resultados en esta investigación.

²⁰⁶ Ley 17.336 artículo 34, disponible on-line en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336> [fecha de consulta: 04-09-2014] el resaltado es nuestro.

Cuando nos referimos a los **instrumentos**, revisamos que al interior de una fotografía puede existir una firma digital. Sin embargo como esta firma no cumple con los requisitos de la ley de firma electrónica para ser una firma digital avanzada, tendremos que hacer algunas gestiones sobre este instrumento con el objeto de poder elevar el valor probatorio de este instrumento a plena prueba.

Cuando ello no sea posible, la existencia de esta firma electrónica en el documento podría servir de base de una presunción judicial. El juez mediante un proceso lógico, podrá llegar a determinar judicialmente de que quien figura como autor en la metadata es el legítimo autor de la fotografía salvo prueba en contrario.

Tratándose de los **peritajes**, analizábamos que el juez realiza su valoración conforme a las reglas de la sana crítica pudiendo incluso otorgarle el valor de plena prueba en los casos que se cumplan ciertos criterios revisados anteriormente, sin embargo, cuando el peritaje no cumple con ciertos criterios de calidad o bien es contradictorio con la opinión de otro perito que tiene el mismo peso, el juez no podría otorgarle el valor de plena prueba, y sólo le quedaría la opción de utilizar dicho dictamen como una base de una presunción judicial, en el sentido que de una opinión que no termina de convencerlo del todo, mediante una deducción lógica, podría llegar a establecer que X persona es o no el autor de una fotografía digital salvo prueba en contrario.

Una **confesión** que no cumpla con los requisitos para ser plena prueba por ejemplo por ser una confesión extrajudicial, también podría sentar las bases para una presunción judicial. En este caso la confesión que serviría sería de la parte a la que se acusa de un uso no autorizado de una fotografía digital, de la que mediante la aplicación de un proceso lógico podría el juez determinar que X persona es el autor de una fotografía digital.

El testimonio, también en los casos que no cumple con los requisitos de plena prueba puede servir de base para una presunción judicial.

Como veremos más adelante, **las series de fotografías digitales** también podrían servir de base de una presunción judicial en el sentido de que el juez de la tenencia de la fotografía sobre la que se debate la autoría de una fotografía junto con una secuencia de fotos que le anteceden o le preceden, podría llegar a establecer la autoría de la fotografía digital judicialmente.

La presentación de algún **archivo original** por parte de un fotógrafo como podría ser algún archivo .TIFF o algún archivo Raw (o negativos digitales), podría llevar a un juez al establecimiento de una presunción judicial, toda vez que resulta muy probable que quien posea alguno de estos archivos sea el titular de la obra, ya que por su tamaño y dimensiones es muy difícil de hacer circular, de forma que cuando los fotógrafos profesionales entregan su trabajo a algún tercero, lo hacen mediante

archivos comprimidos .JPG o similar por efectos prácticos, así mismo existe una cultura entre los fotógrafos profesionales que este tipo de archivos les sirve de alguna forma para demostrar que son autores de una obra, de forma que son muy celosos con la entrega de este tipo de formatos. Un juez entonces de la posesión de uno de estos archivos, podría llegar a suponer lógicamente que quien los posee es el legítimo autor de la obra de forma que podría perfectamente sentar las bases de una presunción judicial.

La ley de propiedad intelectual, también considera una serie de “**mejoras**”, que son presunciones en que se presume autor de una obra, quien aparezca firmando la misma cuando esta comenzó a circular. Esta “mejora” el juez la podría utilizar como una base de una presunción judicial, en el sentido de que del hecho de que la obra comenzara a circular con el nombre de X autor, podría derivar lógicamente salvo prueba en contrario de que X es el legítimo autor de la fotografía sobre la que se intenta determinar la autoría judicialmente, lo mismo ocurre en el caso de la inserción de la fotografía en algún tipo de registro de propiedad intelectual.

También de la determinación que **la fotografía fue realizada con X cámara fotográfica**, podría servir como una base de una presunción judicial en el sentido de que el juez de los hechos probados, de que se utilizó la cámara fotográfica X para la realización de la fotografía, que es de propiedad de Z, podría presumir que la fotografía fue realizada por Z, ya que es lógico que así haya ocurrido si es que Z alega ser el autor de la

imagen.

CAPITULO IV. LA PRUEBA DE LA FOTOGRAFÍA DIGITAL EN LA PRÁCTICA

A. La jurisprudencia relativa a los problemas de la prueba de la autoría de las fotografías digitales

Desafortunadamente para nuestros propósitos, nuestra jurisprudencia nada ha dicho con respecto a la prueba de la autoría de una fotografía digital. Hemos buscado en bases de datos, en los sistemas de auto consulta del poder judicial, utilizando nombres y razones sociales que potencialmente podrían haber tenido conflictos jurídicos, consultado entre fotógrafos y sociedades de gestión colectiva que defienden derechos de autores de obras visuales, seguido mitos de presuntos conflictos ante tribunales que nunca fueron tales.

El único caso detectado en tribunales, es el caratulado “Salas con Agencia EFE S.A”. En éste, el fotógrafo Víctor Salas, quien prestó servicios para la agencia noticiosa EFE²⁰⁷, la demandó por una indemnización por un uso que pretende como no autorizado del material fotográfico por el captado mientras se encontraba colaborando para la agencia. En este caso no nos encontramos frente a alguna conducta usurpatoria, o bien de un uso de las imágenes sin reconocer la paternidad de las mismas. En otras palabras, en este juicio no se controvierte, al menos de forma principal, “quién es el autor

²⁰⁷ Agencia Española que se dedica a proveer a otros medios de prensa de contenido, información, textos, imágenes etc, más información al respecto se puede encontrar en <http://www.efe.com> [fecha de consulta: 04-09-2014]

de una fotografía digital”, la discusión gira en torno a si los derechos de propiedad intelectual que pretende el fotógrafo, fueron cedidos o no en virtud de un contrato de trabajo, y otro de prestación de servicios a honorarios entre el fotógrafo y la agencia.

Las partes en este caso discutieron respecto de una excepción de incompetencia absoluta y una excepción de cosa juzgada, interpuesta por la agencia, ya que se ha estado ventilando el caso en los juzgados civiles, y consideran por parte de EFE que tiene un carácter laboral. Además alegan que el asunto ya se había resuelto en un anterior juicio en el que se había fijado una indemnización por años de servicio en favor del fotógrafo Víctor Salas, cuando fue desvinculado de la agencia noticiosa.

Si bien, no se encuentra en discusión que Víctor Salas sea el autor de estas obras (que de hecho no se consideró ni siquiera como un hecho substancial, pertinente y controvertido en la recepción de la causa a prueba), su abogado diligentemente acompañó una serie de “documentos” (en realidad documentos electrónicos) para probar la autoría de las imágenes y su presunto uso no autorizado entre ellos:

“3. Pantallazo de fecha 10 de junio del presente año, en el que se da cuenta de la existencia de una aplicación para teléfonos móviles denominada “Agencia EFE, S.A.”. Mediante este documento, se demuestra que la demandada además de servir de fuente noticiosa para

otros medios de comunicación, utiliza de manera directa y pone a disposición del público, de las fotografías y noticias redactadas por sus empleados.

4. Pantallazo de fecha 10 de junio del presente año, correspondiente a la página web www.efe.com, en el que consta que la demanda tienen su propia plataforma en la que publica las noticias redactadas y las fotografías tomadas por sus trabajadores.

5. Set de 12 artículos periodísticos publicados en la web, correspondientes a distintos portales dedicados al rubro, tales como “ABC Sevilla”, “El Comercio”, “Clarín”, “The New York Times”, “El Mundo” y “El País”, entre otras en los que se publican fotografías de propiedad de don Víctor Salas, quien firma con el seudónimo de “Ian Salas”.(...)

12. 2 correos electrónicos enviados por don Manuel Fuetes en representación de Agencia EFE S.A., en los que envía distintos presupuestos para la comercialización de fotografías pertenecientes al servicio gráfico de dicha sociedad.

13. Tabla que indica el número de fotos publicadas de propiedad de don Víctor Salas por distintos medios de comunicación, así como también las cifras resultantes de buscar en Google el seudónimo del actor, “Ian Salas”.

14. Correo electrónico de fecha 03 de febrero de 2009, enviado por don Manuel Fuentes a don Víctor Salas, en el que señala que el seudónimo de éste último corresponde a "Ian Salas".

15. Acta Notarial de fecha 02 de marzo de 2012, suscrita por el Notario Suplente, don Sebastián Aninat Salas, mediante la que se certifica el número de resultados al revisar las fotos de autoría de don Víctor Salas en los sitios web <http://efeeurope.newscom.com>; <http://efe.com>; <http://www.newscom.com>

16. 8 CDs que contienen el registro fotográfico personal de don Víctor Salas, correspondientes a los años 2005, 2006, 2007, 2009, 2010 y 2011. Cabe hacer presente a SS. que muchas de dichas fotografías fueron comercializadas por la demandada, tal como consta de la documentación acompañada en el N°5 de esta presentación, sin perjuicio, que no había cesión del negativo o del medio análogo de reducción de las fotografías.

17. 11 CDs que contienen el material fotográfico realizado por don Víctor Salas, sistematizado por evento, a saber, Terremoto 2012, Isla de Pascua 2010, Pinochet 2006, Exhumación Salvador Allende 2011, Volcán Puyehue 2011, Panamericanos 2007, Valle de La Luna 2005,

Vendimia 2006, Cambio de Mando 2010 y Chaitén 2008.”²⁰⁸

Lamentablemente no existe aún alguna sentencia que se pronuncie respecto de estos medios de prueba, aunque como siguieron resoluciones judiciales de mero trámite al respecto. Al parecer estos medios de prueba “electrónicos” el tribunal los debe considerar admisibles al no hacer observaciones y archivarlos en una carpeta especial, a la que incluso hace alusión la contraparte.

Con fecha 14 de Junio de 2014 se realizó una audiencia de percepción documental, en la que se deja constancia que se ha presentado prueba en soportes tecnológicos y que se abren las casillas de correo electrónico seba.castro@gmail.com y fotos@agenciaefe.tie.cl, proceso en el que se coteja en que los correos se encuentran contestes con unos que estaban en la carpeta en custodia en el soporte digital.

“Se revisan los documentos acompañados a fojas 72 números 16 y 17 en custodia del tribunal (19 CDs) que contienen material fotográfico y uno de ellos señalado como publicaciones Víctor Salas que contiene publicaciones y búsquedas en paginas web, todo realizado por don Víctor Daniel Salas Araneda. Se encuentra conteste con el que se despliega en el soporte

²⁰⁸ Escrito Acompañando Documentos como Medio de Prueba por parte Demandante, en autos caratulados SALAS con AGENCIA EFE S.A., cuaderno principal, ROL C-16.669-2012, 12° Juzgado Civil de Santiago, disponible on-line en <http://www.pjud.cl>, fecha de consulta [04-09-2014]

digital.”²⁰⁹

La audiencia de percepción documental realizada, es una luz en relación a que los tribunales están comenzando a aceptar medios de prueba tecnológicos, y los están tratando como instrumentos, apoyando lo que habíamos planteado en “A Los instrumentos como prueba de la titularidad de las fotografías digitales”

Hace muy poco, se interpuso la primera querrela por el uso no autorizado de una imagen en redes sociales, por el fotógrafo español Alejandro Puerta. Sin embargo, falleció en un trágico accidente vehicular en Limache²¹⁰, lo que claramente obstará al normal desarrollo del juicio.

Esta investigación no podía dejar de tener un parangón con el mundo real, de forma que si bien no encontramos conflictos que hayan llegado a tener asiento en tribunales (al menos lo suficientemente relevantes como para dejar alguna huella en la jurisprudencia, o para bien llegar a ser conocido en el medio de los fotógrafos o de las entidades que se preocupan por la protección de sus derechos), procuramos consultar con las personas que creemos que tendrán un rol preponderante a la hora de determinar la autoría de una fotografía digital “los peritos”.

²⁰⁹ Acta audiencia percepción documental, en autos caratulados SALAS con AGENCIA EFE S.A., cuaderno principal, ROL C-16.669-2012, 12° Juzgado Civil de Santiago, disponible on-line en <http://www.pjud.cl>, fecha de consulta [04-09-2014]

²¹⁰ Al respecto véase <http://www.biobiochile.cl/2014/06/24/en-valparaiso-murio-conocido-fotografo-espanol.shtml> [fecha de consulta: 04-09-2014]

Para tener una visión panorámica al respecto, consultamos a un perito que figura en la lista elaborada por la corte de apelaciones de Santiago, como experto en fotografía para 2013-2014, a un especialista en informática forense y un especialista en laboratorio digital. Este último nos entregó una opinión personal que puede darnos luces de los motivos por los que estos conflictos no están llegando a tribunales, señalando en la entrevista:

“A medida que vaya envejeciendo cada vez me va a preocupar menos el hecho de que alguien esté usando mis fotos, ya no es un tema personalmente para mí. Para mucho de mis colegas y amigos no es un tema que nos preocupe tanto, y va a depender del uso que le den y de dónde van a estar publicadas, pero por ejemplo si alguien saca mi foto y la pone de protector de pantalla no es algo que me complique, lo que me complica es si alguien está lucrando descaradamente con mi imagen.

(...)

En las charlas que he ido de exponentes extranjero, no es un tema que les preocupe a ellos, porque piensan lo mismo que yo que hoy es totalmente difícil ¿quién se va a hacer cargo de la cantidad de fotografías que deambulan en la Web? Son volúmenes demasiado altos, la cantidad de volúmenes que hacemos por la inmediatez que te regala la fotografía digital hoy en día, esa posibilidad de hacer mucho a través de tu cámara digital hace que esto se

haya transformado en un caos.”²¹¹

Podemos ver en las palabras de Alejandro Herмосilla, un escenario complicado para la protección de los derechos que devienen de la creación de una fotografía digital, por la facilidad de su circulación. Si bien estamos de acuerdo en que es incontrolable el uso de estas imágenes, consideramos que esto no significa que detectado un uso no autorizado, el titular se encuentre desprovisto de protección jurídica. La norma tiene los mismos efectos normativos y por ende si se ha detectado un uso no autorizado, es perfectamente posible requerir de los tribunales una solución al conflicto que se dará entre el autor y usuario.

Ninguno de los especialistas consultados ha participado de la determinación de la autoría de una fotografía digital, y frente a la consulta sobre los elementos que ellos considerarían en el caso que les toque participar, dos de ellos nos dieron respuestas alarmantes en tanto sostienen que tendrían en consideración verificar si la imagen había sido trucada utilizando algún software idóneo al efecto como Photoshop, como veremos más adelante, de lo que desprendemos que no entienden los reales alcances de la expresión autor.

Sólo uno de los entrevistados, el abogado Renzo Gandolfi, especialista en informática forense, le dio una gran preponderancia a los metadatos,

²¹¹ Entrevista a Alejandro Herмосilla, realizada en el marco de esta investigación, con fecha 29 de noviembre de 2013, texto completo disponible en el anexo de esta memoria

considerando que se deberían realizar pericias en torno a ellos para detectar si ellos son fidedignos y si en ellos se encuentra algún indicio que pueda llevar a verificar quien es el autor de una fotografía digital. Este es el camino que consideramos correcto, ya que es en los metadatos dónde existe la mayor cantidad de información que podría servir para identificar a quién realizó una fotografía, por ejemplo con qué cámara se fotografió, o incluso podría al interior de la imagen encontrarse el campo “autor”.

Al final de esta investigación, supimos de un caso del entorno comparado que ha tenido una gran repercusión mediática, es el caso que los medios han llamado “la selfie del mono”, y a continuación nos referiremos a él brevemente.

El fotógrafo David Slater, experto en fotografía de naturaleza, en un viaje a Indonesia, realizaba una sesión fotográfica para retratar la vida de un “macaco negro crestado”. En el transcurso de la sesión fotográfica, el animal en un descuido del fotógrafo tomó su cámara fotográfica y se autorretrató, y esta fotografía al poco tiempo esta imagen dio la vuelta al mundo y se hizo muy popular en Internet, y la empresa Wikipedia copió esta imagen y la puso a circular en su red “Wikimedia”, como la fotografía oficial de este macaco.

David Slater solicitó a la empresa Wikipedia que bajara la imagen, quienes se negaron por considerar que la imagen carecía de “copyright”²¹².

²¹² Fuente: La tercera Online, disponible en <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/08/659-590129-9-selfie-de-un-mono-provoca-polemica-en-wikipedia-por-derechos-de-autor.shtml> [fecha de consulta:04-09-2014]

Frente a esta negativa el fotógrafo accionó en contra la empresa, fallando la justicia norteamericana en su contra, señalando que “los trabajos creados por la naturaleza, plantas, animales, e inclusive seres divinos o sobrenaturales, no están sujetos a los derechos de autor”²¹³.

Si bien esta jurisprudencia es relevante y abre un interesante debate, creemos que este excede el tema de nuestra investigación, ya que el debate no fue en relación a como se prueba la titularidad de la imagen, sino con respecto al nacimiento del derecho de autor mismo.

B. Buenas prácticas en materia de prueba de la titularidad de una fotografía digital

Como vimos, es muy probable que la prueba de la autoría de la fotografía digital, se deba rendir en un sistema de prueba legal o tasada (por ejemplo en un procedimiento civil). Recapitularemos de forma sucinta el camino que consideramos el adecuado para obtener los mejores resultados probatorios, dándole preferencia a aquellos medios probatorios que la ley le asigne el mayor peso probatorio.

Lo dicho aquí también será válido para los procedimientos en donde se

²¹³ La Tercera Online, “Se acabó la polémica de la selfie del mono”, disponible on-line en <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/08/659-592463-9-se-acabo-la-polemica-la-selfie-del-mono-ya-tiene-un-ganador.shtml> [fecha de consulta: 04-09-2014]

valore conforme a la sana crítica, toda vez que estimamos que el esquema probatorio que recomendamos en base a las reglas del Código de Procedimiento Civil, reviste una racionalidad, seriedad y solidez que podría tener éxito en la demostración de la autoría de una fotografía digital.

Lo primero que tenemos que tener en consideración respecto de una fotografía digital, para ver cómo vamos a probar la relación de autoría de una persona con su obra y en definitiva obtener la protección que el ordenamiento establece para las obras en la ley de propiedad intelectual, es la naturaleza que tiene este tipo de imágenes. Vimos que una fotografía digital estaba contenida en el soporte “documento electrónico”, y en tanto documento electrónico podría ser aportado como un medio de prueba en un juicio.

Los documentos electrónicos en nuestro sistema de prueba civil, como vimos por los principios de equivalencia de soporte y por menciones expresas de la ley de firma y documento electrónico, son un instrumento y por ende la fotografía digital como medio de prueba tiene la naturaleza de un instrumento y debe ser aportado en la oportunidad y en la forma que establece el legislador.

Al interior de este instrumento miraremos en la metadata, que como ya hemos dicho, contiene información en su interior que puede entregar ciertos indicios que nos permitan demostrar la autoría de una fotografía digital, también cumple el rol de ser una medida tecnológica de protección.

Como la ley 17.336 protege a una obra y en especial a una fotografía por el

sólo hecho de su creación, lo que corresponde probar a quien pretende ser el autor de una fotografía, quien ha realizado la toma. Luego, la contraparte podría probar que se encontraba suficientemente autorizado para utilizar la imagen.

Como veíamos, si bien la metadata y el mismo documento electrónico, contienen una serie de elementos que nos pueden servir para probar la relación de autoría con una fotografía digital, los medios de prueba, sobre todo en el actual procedimiento civil, se encuentran limitados a los permitidos expresamente por la ley, y la ley, no considera a la metadata expresamente como un medio de prueba. Sin embargo, como vimos por los principios de equivalencia de soporte de la ley de documento y firma electrónica, es posible presentar a una fotografía digital como instrumento en un juicio y por ende la metadata cobra valor como un medio de prueba, ya que puede ser examinada como parte integrante del documento electrónico-instrumento.

El principio de equivalencia de soportes beneficia a ambas partes en un juicio, y así el usuario de una fotografía podría probar que se encontraba legítimamente autorizado usando para ello otro documento electrónico como podría ser un e-mail. Es importante recordar que por exigencias de la ley de propiedad intelectual las autorizaciones deben ser específicas y el usuario de una imagen debería estar expresamente autorizado para cada uso que haga de la fotografía. Por ejemplo si estaba autorizado solo a descargar una imagen, no podría pretender estarlo para publicar dicha imagen en un sitio Web lícitamente.

Esta metadata, como vimos, cumple una doble función, es por un lado una firma electrónica a la luz de la ley de firma electrónica en una interpretación armónica con el artículo 8° de la ley de propiedad intelectual, y por otro es una medida tecnológica de protección, del tipo de medidas que sirven como dispositivos de marcado e identificación de las obras, **que servirá como prueba a la hora de tener que demostrar un uso indebido.**

La metadata se puede revisar fácilmente desde un dispositivo como un PC viendo las “propiedades” del documento, o utilizando algún programa que permita revisar la metadata de una imagen, de forma que es posible que como en el caso que revisamos en la jurisprudencia “Salas con Agencia EFE S.A.”, se pueda presentar en una audiencia de percepción documental²¹⁴, en que el juez, puede percibir por sus sentidos fácilmente que el documento electrónico ha sido firmado digitalmente, si existiera el campo “autor” dentro de la metadata. Si no hubiera discusión al respecto, en esta audiencia la metadata podría adquirir el valor de plena prueba y en definitiva se podría demostrar la autoría de la fotografía digital con la revisión de esta parte del instrumento “documento electrónico que contiene a una fotografía digital.”

Pudiese ocurrir también que se desconociera por la contraparte el valor de la

²¹⁴ Para no generar confusiones, queremos aclarar que lo que ocurrió en el caso comentado, es que las fotografías se presentaron en una audiencia de percepción documental, pero en el acta de la audiencia no consta que se haya revisado la metadata, sin embargo creemos que en teoría la revisión de esta parte del instrumento es posible, si los tribunales están aceptando la presentación de fotografías como documentos electrónicos en juicio, entonces consideramos que no habría problemas en que además pudieran revisar la metadata.

metadata por considerarla adulterada por cualquier otro motivo, caso en el que se podría determinar la autoría de una fotografía con otros medios de prueba.

Es recomendable para la parte que presenta un documento electrónico que contiene una fotografía digital, si cuenta con los medios económicos para hacerlo, también acompañar el informe de un perito al respecto para que se pronuncie respecto de la metadata y sea citado a declarar en su momento como testigo en su calidad de experto, con el objeto de fortalecer la prueba, en caso de que la contraparte intentara restarle valor a este medio de prueba.

Si con el documento electrónico no es suficiente para la demostración de la autoría de la fotografía digital, es muy posible que el tribunal requiera de la designación de un perito, o bien una de las partes lo puede solicitar. Si esto ocurre los involucrados en el juicio, tienen la oportunidad de participar de una audiencia de designación de peritos, en la que como vimos se designará el perito, se determinará su número, las calidades, aptitudes o títulos que debe reunir el perito y determinar los puntos sobre los que recaerá el informe.

Esta audiencia de designación de perito es una tremenda oportunidad para las partes, en la que es muy importante que ambas participen, si no participan todas las partes, el juez designará al perito, y si lo hace puede nombrar a alguien que no cuente con todas las cualidades profesionales, ya que no podrá seleccionar ninguno de los nombres propuestos por las partes y lo seleccionará de las listas de peritos que elabora la Corte de Apelaciones respectiva, en la que

puede que existan profesionales que no estén familiarizados para nada con estas nuevas tecnologías como la metadata.

Es muy importante que ambas partes participen con igual energía, si eso ocurre lo más probable es que se logre nombrar un perito imparcial y que cuente con suficientes títulos y calidades para poder opinar de forma profesional respecto de la determinación de la autoría de una fotografía digital.

Consideramos que las disposiciones legales que actualmente existen respecto de la designación de un perito, y las actuales exigencias para formar parte de las listas que elabora la Corte de Apelaciones respectiva, abren la posibilidad de que la parte que pueda verse perjudicada con el nombramiento de un profesional capaz, tome la decisión estratégica de no asistir a la audiencia de designación del perito. Para que se designe a un perito que no tenga las posibilidades de examinar adecuadamente la metadata, restándole entonces valor probatorio a esta.

Luego las partes tienen la oportunidad de asistir al reconocimiento, que es la etapa en donde el perito entra en contacto con el objeto de su estudio, en nuestro caso con los documentos electrónicos que contienen a las fotografías digitales. En esta etapa, las partes pueden hacer las observaciones que consideren pertinentes.

El objeto de la participación del perito es la elaboración de un dictamen o informe, que ayudará al juez a determinar la autoría de la fotografía digital.

Creemos que es muy importante que el juez tenga herramientas para justipreciar este escrito, cuestión que abordamos en su momento cuando nos referimos al rol de los peritos en la determinación de la autoría de una fotografía digital, y nos remitimos a ello.

Otro medio con el que se podría probar la autoría, es la prueba mediante testigos. Vimos en su momento un ejemplo en que un testigo podría indicar que determinada persona utilizó X cámara fotográfica para realizar una imagen, y como en la metadata se guarda información en relación a la cámara que se utilizó podría ayudar a determinar judicialmente la autoría de una fotografía digital. Si bien este método lo planteamos como subsidiario, igualmente un litigante diligente debería contar con testigos para afirmar aún más su posición en un juicio en el que se busque determinar judicialmente la autoría de una fotografía digital.

Para los casos que no sea posible probar con los medios de prueba ya mencionados (instrumento, peritaje y testigos), sólo quedaría la posibilidad de utilizar algunos medios de prueba que consideramos “residuales” en nuestra investigación, por encontrarse fuera del esquema probatorio que desarrollamos, y en caso de necesitar más información respecto de estos otros medios de prueba, nos remitimos a lo revisado anteriormente.

Entre estos otros medios de prueba, encontramos a la confesión de parte, al respecto en este acápite sólo recordaremos que esta confesión de parte puede ser espontánea y realizada en cualquier momento del juicio, de forma que hay que ser

muy cuidadoso con todo lo que se expresa en todo momento, ya que podría una parte sin quererlo realizar una confesión de parte de una cuestión contraria a sus intereses por no expresarse cuidadosamente, tema que se ve agravado porque parte de la jurisprudencia y la doctrina consideran que en contra de la confesión de parte de hechos personales no existe prueba en contra, lo que podría derivar en una determinación de la autoría de la fotografía digital injusta, incluso pudiendo existir fuertes evidencias en sentido contrario, como por ejemplo una metadata que determine a un autor distinto.

De estos otros medios de prueba, también queremos destacar a la inspección personal del tribunal, ya que el juez podría examinar personalmente o acompañado de peritos un documento electrónico que contiene a una fotografía digital, a través por ejemplo de una audiencia de percepción documental, y cumpliéndose los requisitos de la ley analizados anteriormente, incluso podría constituir una plena prueba.

Agotados los medios de prueba, el juez aún podrá determinar la autoría utilizando para ello las presunciones según revisamos anteriormente. Si ya definitivamente fue imposible probar un hecho y no existen ni presunciones legales, de derecho o judiciales, no quedará más remedio al juez que fallar conforme a las reglas de la carga de la prueba, fallando en contra de quien tenía la carga procesal de desplegar la actividad probatoria con respecto a un determinado hecho (cuestión que podría cambiar en el caso de que en el nuevo proceso civil se incluyan reglas sobre la carga dinámica de la prueba, en cuyo caso habría que

analizar el problema en base a estas nuevas reglas).

Recordemos que los procedimientos civiles en materia de prueba de la autoría de la fotografía digital, se tramitarán conforme al procedimiento sumario, de forma que para los plazos y las actuaciones que correspondan, hay que tener presente las reglas del título XI del Libro Tercero del Código de Procedimiento Civil, salvo si una parte requiere con motivos fundados que se tramite conforme a las reglas del juicio ordinario.

C. Recomendaciones prácticas de los peritos sobre como probar la autoría de una fotografía digital

En este apartado revisaremos los métodos recomendados por los peritos para probar la autoría de una fotografía digital, analizando sucintamente la factibilidad de probar con estos medios en un juicio en donde se busque determinar la autoría de la fotografía digital.

a. Las series como medio de prueba

Las cámaras fotográficas profesionales actuales, han desarrollado tecnologías de alta velocidad de captura, es decir permiten la obtención de muchas fotografías en un segundo, de hecho, en las especificaciones técnicas de una cámara digital suelen incorporar la característica FPS (frames per second o cuadros por segundo). Por ejemplo el manual de la cámara profesional Nikon

D300s señala que “cuando se pulsa por completo el disparador, las imágenes se toman hasta a 7 fps en el modo continuo a alta velocidad o a la velocidad de avance de los fotogramas (...)”²¹⁵. Es decir una cámara Nikon D300s, permite sacar hasta 7 fotografías en un segundo, existiendo cámaras que superan incluso los 12 fps.

Esta posibilidad de sacar muchas fotografías en un segundo, es utilizada muy a menudo por los fotógrafos con el fin de cortar el tiempo y obtener el momento más preciso e impactante con ayuda de la obtención de muchas fotografías de un pequeño instante, presionan el disparador de su cámara y obtienen una **serie de imágenes** de encuadre similar, con la misma configuración de disparo, con la misma iluminación, mismos colores y se hace evidente si se pone una fotografía al lado de la otra que fueron realizadas por la misma cámara y el mismo fotógrafo.

De una serie de imágenes, un fotógrafo escogerá la que refleja mejor el resultado por el esperado al realizar la fotografía y la editará para su publicación. Además es muy frecuente que un fotógrafo respalde su trabajo completo, manteniendo inédito gran parte de él.

Entonces si alguien realiza un uso no autorizado de una fotografía publicada, un fotógrafo en caso de disponer de una serie, podría fácilmente demostrar con su trabajo inédito que él es el legítimo autor de la obra, ya que es muy difícil que otra

²¹⁵ Manual cámara Nikon D300s, disponible on-line en http://www.nikonusa.com/pdf/manuals/dslr/D300S_ES.pdf [fecha de consulta: 04-09-2014]

persona que no sea el legítimo titular tenga el respaldo completo de un registro fotográfico y de una serie de imágenes.

Ahora bien ¿cómo hacemos para probar en un proceso con estas series de imágenes? Si estuviéramos en algún proceso en dónde la norma sea la sana crítica, se podría probar sin más con este tipo de medios de prueba sin tener que consultarnos mucho por su naturaleza. Por otro lado en un procedimiento organizado en torno a la prueba legal o tasada como nuestro procedimiento civil, tendremos que buscar la posibilidad de circunscribir este tipo de prueba en algún medio de prueba considerado previamente por la ley, consideremos que podría:

- a) Considerarse y aportarse como **instrumentos**, atendido a la calidad que tiene cada fotografía de documento electrónico, por las razones que revisamos en su oportunidad cuando nos referimos a los instrumentos como prueba de la autoría de una fotografía digital.
- b) Incluirse en el **dictamen de un perito**, siempre que este lo considere como apto para determinar la autoría de una fotografía digital en el manejo de su ciencia o arte.
- c) Verificarse mediante una **inspección personal del tribunal**, con las prevenciones ya revisadas.

b. La autenticación de la imagen como medio de prueba

La autenticación de la imagen, la podríamos definir como una serie de

métodos que permiten determinar si una imagen digital ha sido o no intervenida mediante la utilización técnicas de laboratorio digital, con algún software como por ejemplo Photoshop o algún otro programa informático de post-producción que permita la manipulación de una imagen agregando, suprimiendo o modificando algún elemento de la toma original. En términos jurídicos entonces, la autenticación de la imagen buscará determinar si nos encontramos frente a una obra primitiva (una fotografía digital sin retoques posteriores) o frente a una obra derivada de una fotografía digital.

Dos de los expertos entrevistados, consideraron a la autenticación de la fotografía como un requisito para determinar la autoría, es decir, en su forma de entender, consultados por la autoría de una fotografía digital, examinarían si ésta tiene o no modificaciones, considerando “autentica” aquella en donde no existe post producción y por ende “falsa” a la fotografía en donde se agregaron, modificaron o suprimieron elementos de una toma original. Por ejemplo Alejandro Hermosilla, hacía referencia a un caso en dónde mediante el uso de su expertis, había determinado que una fotografía de un iceberg negro era **falsa** puesto que había sido alterado el color original de la fotografía.

Esta visión de los expertos, resulta de no entender cuáles son los alcances y significaciones de la “autoría de una obra digital”.

Hacemos un llamado de atención al lector sobre la existencia de estas

malas comprensiones por parte de peritos y especialistas del alcance de la expresión autoría, toda vez que a través de un dictamen, podría determinar que X persona era el autor de una fotografía ya que esta no tenía alteraciones, siendo que puede haber obtenido una copia de la imagen de forma irregular y puede haber realizado un uso no autorizado de la misma, o bien podrían determinar que algún artista plástico no era el autor de una obra ya que tenía post-producción digital o estaba intervenida de alguna manera la imagen, obstando legítimos derechos de un autor de alguna obra derivada o de alguna transformación de una fotografía, que igualmente está amparada por nuestra ley de propiedad intelectual.

Si estos dictámenes son tomados sin más por parte de un juez, podríamos estar ante una decisión judicial injusta respecto de la autoría de una fotografía digital, por un desconocimiento del derecho por parte de un perito y por el mal entendimiento del alcance de la expresión autoría, y por la utilización acrítica del dictamen.

- c. La utilización de la informática forense en la determinación de la autoría.

Afortunadamente en el desarrollo de esta investigación encontramos especialistas que estaban familiarizados con la información oculta de un documento electrónico como los metadatos, y realizarían un análisis desde la

informática forense, para determinar quién es el autor de una determinada imagen. Así Renzo Gandolfi, abogado y especialista en informática forense, valoró el rol que cumplen los metadatos en la determinación de la autoría de una fotografía digital, y nos indicó que mediante un peritaje es posible determinar si estos se encuentran íntegros o bien han sido adulterados.²¹⁶ Consideramos que este es el camino correcto, y recomendamos por ejemplo en la elección de un perito, optar por un especialista en informática forense antes que un especialista en fotografía.

²¹⁶ Texto completo de la entrevista disponible en el anexo.

CONCLUSIONES

Como pudimos ver el probar la vinculación de un fotógrafo con una obra digital es una cuestión sumamente compleja. Pasamos revista a los aspectos necesarios para acreditar la autoría de una fotografía digital cuando nos referimos a los medios de prueba en particular, enfocándolo desde los medios de prueba que consideramos idóneos para ello, en las posibilidades que ofrece el ordenamiento, en los obstáculos normativos y de hecho que se pueden encontrar en esta tarea.

Especial interés pusimos en el análisis de la metadata que, reiteramos, es el medio que consideramos más adecuado para probar la autoría de la fotografía digital, apoyándonos en las exigencias de la ley de firma y documento electrónico, para después cotejar si esto tenía alguna aplicación práctica en la realidad, primero revisando jurisprudencia, y a falta de ella, mediante la entrevista de potenciales peritos que podrían participar en un juicio para ayudar en la determinación de la autoría de una fotografía digital.

En este capítulo, sistematizaremos las conclusiones a las que hemos ido arribando a lo largo de esta investigación, con el fin de poder dar una respuesta a la pregunta que ha guiado esta investigación, esto es **¿Cómo se prueban los derechos que emana de la creación, modificación, transformación,**

adaptación, distribución, difusión y otras formas de explotación de una fotografía digital?

Recordemos que nuestra respuesta hipotética al respecto fue **“los métodos tradicionales de prueba de autoría obras del intelecto humano, no son suficientes para garantizar los derechos que emanan de la autoría de una fotografía digital”**, respuesta que a esta altura seguimos sosteniendo pero con algunos matices.

i. Con respecto a la metadata y proposiciones para elevar legislativamente su fuerza y eficacia probatoria

A lo largo de nuestra investigación, llegamos a la conclusión que la autoría de la fotografía digital podía probarse principalmente con el mismo archivo, que contiene una serie de información que viene vinculada en el documento electrónico que contiene a la imagen, desde su nacimiento, la metadata. Esta metadata además de ser parte integrante del documento electrónico, vimos que a la luz de nuestra legislación podía ser considerada:

- 1) Como una medida tecnológica de protección.
- 2) Como un medio de prueba.
- 3) Como una firma electrónica.

Que finalmente son 3 formas distintas de mirar lo mismo, ya que como vimos esta metadata la considerábamos dentro de la categoría elaborada por la OMPI para medidas tecnológicas de protección “**dispositivos de marcado e identificación de las obras**”, cuyo fin es servir como **medio de prueba**, a la hora de reivindicar derechos por usos no autorizados de la obra.

La forma como se puede probar es o bien buscando indicios que permitan a través de una presunción llegar a establecer la autoría de una fotografía digital, o bien para los casos en que al interior de la metadata exista el campo “autor”, considerar que en su interior existe una **firma electrónica**, que permita demostrar la autoría de la fotografía digital.

Somos conscientes de que esta metadata podría ser adulterada, de forma que una parte en un juicio en donde se discuta la autoría de una fotografía digital, podría desconocer *a priori* la validez de esta metadata como medio de prueba, y se podría mejorar este estándar de prueba mediante un peritaje sobre esta metadata para revisar su integridad y que no haya sido intervenida, cuestión que según nos indicaba el abogado y experto en informática forense Renzo Gandolfi, es completamente posible de detectar por el perito adecuado.

Esta posibilidad de adulterar la metadata, es lo que el autor Horacio Fernández Delpech, enmarca dentro de actos elusivos de las medidas tecnológicas de protección, cuestión que como vimos ha definido como “la manipulación de las medidas tecnológicas con la finalidad de limitar o eliminar su

finalidad protectoria”²¹⁷, y plantea que es necesario para reforzar la efectividad de las medidas tecnológicas de protección, que el legislador establezca una protección jurídica en contra los actos de elusión.

Queremos recordar que sobre esta materia se legisló en el tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996, del que Chile es parte y que incluso ha ratificado. Así se dispone en el artículo 11 de dicho tratado:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.”²¹⁸

Esta protección no existe en nuestra legislación, lo que además de ser un incumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por nuestro Estado, le resta efectividad, y entonces ocurre el fenómeno que este tipo de medidas puedan ser de discutida fuerza probatoria en nuestros procedimientos, y en definitiva tengan que ser reforzadas con peritajes u otros medios de prueba, gastando recursos tanto las partes en peritos, como recursos fiscales al extender en el tiempo un asunto que podría haber sido resuelto rápidamente con un examen de

²¹⁷ FERNÁNDEZ D., Horacio. Op. Cit. [Fecha de Consulta: 04-09-2014] p.5

²¹⁸ Artículo 11, Convenio OMPI de Derechos de Autor de 1996, disponible on-line en http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167#P105_13323 [fecha de consulta: 04-09-2014]

la metadata, atentando incluso en contra de principios como el de celeridad y economía procesal.

El autor Horacio Fernández Delpech, ha hecho un gran trabajo a la hora de recopilar distintas soluciones legislativas que buscan una protección en contra de los actos elusivos de las medidas tecnológicas de protección, en su artículo “MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET - LOS ACTOS ELUSIVOS - LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA ELUSIÓN”.²¹⁹

Destacamos de las normas identificadas por el autor, el caso del Código Penal español, en tanto regula los delitos en contra la propiedad intelectual e industrial, que dispone en el apartado 3º de su artículo 270:

“3. Será castigado también con la misma pena quien fabrique, importe, ponga en circulación o tenga cualquier medio específicamente destinado a facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera de las otras obras, interpretaciones o ejecuciones en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.”²²⁰

Como podemos ver, en el Código Penal Español, está tipificado como un

²¹⁹ Al respecto véase Fernández D., Horacio. Op. Cit, [fecha de consulta: 04-09-2014]

²²⁰ Artículo 270 n°3 código penal español, disponible on-line en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-05-02.5434448168/legislacion-extranjera/LO%2010%20espana.pdf [fecha de consulta: 04-09-2014].

delito independiente, la supresión o neutralización de una medida tecnológica de protección y la sanción de “pena de prisión de seis meses a dos años y multa”²²¹, de forma que no es menor la pena que se ha establecido. Sin embargo, creemos que este tipo de técnica legislativa adolece de no ser muy tecnológicamente neutra, ya que habla de un “dispositivo”, y para el caso de la metadata, creemos que más que un dispositivo físico, puede ser vulnerada mediante el uso de un software elaborado con tal fin.

Creemos más adecuada la legislación de Costa Rica. “En Costa Rica, la Ley 8039 de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, dictada en el año 2000, dispone:

“Artículo 62: Será sancionado con prisión de uno a tres años quien, en cualquier forma, altere, suprima, modifique o deteriore los mecanismos de protección electrónica o las señales codificadas de cualquier naturaleza que los titulares de derechos de autor, artistas, intérpretes o ejecutantes, o productores de fonogramas hayan introducido en las copias de sus obras, interpretaciones o fonogramas, con la finalidad de restringir su comunicación al público, reproducción o puesta a disposición del público”.²²²

El Legislador Costarricense, si bien consideró en forma amplia los actos elusivos, restringió los tipos de MTP cubiertas por la protección legal en contra de

²²¹ Artículo 270 n°1 código penal español, disponible on-line en: http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-05-02.5434448168/legislacion-extranjera/LO%2010%20espana.pdf [fecha de consulta: 04-09-2014].

²²² FERNÁNDEZ D., Horacio. Op. Cit. [fecha de consulta: 04-09-2014] p.16

los actos elusivos. Creemos que para el caso chileno, se podría seguir el ejemplo Costarricense, pero ampliando el tipo de medidas protegidas, por ejemplo con un artículo que considerara:

Será sancionado con [alguna sanción que sea armónica con los otros delitos en contra de la propiedad intelectual], quien en cualquier forma altere, suprima, modifique o deteriore los mecanismos de protección electrónica o las señales codificadas de cualquier naturaleza que los titulares de derechos de autor, artistas, intérpretes o ejecutantes, o productores de fonogramas hayan introducido en las copias de sus obras u originales, interpretaciones o fonogramas, con la finalidad de proteger su obra de cualquier uso no haya sido autorizado debidamente, salvo las excepciones consideradas en las leyes respectivas.

Además de ello en Chile hace falta una definición legal de las medidas tecnológicas de protección, toda vez que la ley pone de cargo el delimitar que se entiende por una MTP a la costumbre, cuestión que puede traer sendos problemas de interpretación y por ende una falta de certeza al respecto, restándole eficacia protectora a este tipo de medidas.

Creemos que un buen ejemplo de definición de este tipo de medidas lo hace la Directiva Europea de los Derechos de autor en Internet, identificada también en el trabajo de Fernández Delpech.

En el artículo 6 número 3 de dicha directiva, se define a las MTP como:

“A efectos de la presente Directiva, se entenderá por "medidas tecnológicas" toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE. Las medidas tecnológicas se considerarán "eficaces" cuando el uso de la obra o prestación protegidas esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección, por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control del copiado, que logre este objetivo de protección”.²²³

Estimamos que la disposición citada anteriormente, puede ser la base a la hora de legislar al respecto en nuestro país.

También consideramos que se podría hacer un esfuerzo legislativo en incluir a las medidas tecnológicas de protección cuyo propósito es servir como medio de identificación y marcado de una obra o documento (como ocurrió en el caso español en la LECiv), como parte del catálogo de medios de prueba definidos como válidos en nuestro procedimiento civil, toda vez que su inserción no alteraría mayormente el sistema de prueba y eliminaría toda discusión respecto de la

²²³ Directiva de Europea de Derechos de Autor en Internet, Artículo 6 n°3, disponible on-line en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES> [fecha de consulta: 04-09-2014]

posibilidad de probar mediante información como la metadata, por ejemplo, la autoría de una fotografía digital o cualquier otra obra que tenga como soporte un documento electrónico, imprimiendo fluidez al sistema probatorio.

ii. Con respecto a los peritos y proposiciones de mejoras

A lo largo de esta investigación, vimos que el rol de los peritos será clave a la hora de determinar judicialmente la autoría de una fotografía digital. Si bien consideremos como necesaria una legislación con respecto a las medidas tecnológicas de protección para mejorar su fuerza probatoria y en definitiva prescindir para la mayoría de los casos de peritos, siempre existirá para las partes, en un juicio, la posibilidad de controvertir la validez de una medida tecnológica de protección como la metadata para probar la autoría de la fotografía digital, por considerar por ejemplo que esta fue adulterada.

Este medio de prueba entonces, siempre será de gran importancia en la prueba de la autoría de una fotografía digital.

En las entrevistas realizadas a los peritos, logramos advertir que en muchos casos probarían con métodos equivocados, según vimos en “La autenticación de la imagen como medio de prueba”, frente a la pregunta ¿cómo probaría usted la autoría de la fotografía digital?, dos de ellos se fijarían más en si la imagen ha sido adulterada utilizando para ello técnicas de laboratorio digital, que en otros elementos que les pudieran entregar mayores indicios al respecto como la metadata, uno solo de los peritos le otorgó un gran rol a la metadata, el experto en

informática forense y abogado Renzo Gandolfi, quien revisaría ésta y detectaría si ésta fue adulterada o no. Es muy importante, contar con peritos además de imparciales, con las capacidades profesionales suficientes para poder por ejemplo determinar la autoría de una fotografía digital mediante el análisis de un documento electrónico, toda vez que estas tecnologías cambian de forma vertiginosa.

El contar con un perito con las capacidades suficientes, dependerá de que ambas partes participen de forma activa en las audiencias de designación de peritos. Consideramos injusta la solución legislativa de que el juez será quien nombre al perito en caso de ausencia de una de las partes, no pudiendo escoger de los nombres propuestos por éstas, toda vez que, como dijimos más arriba, una de las partes podría tomar la decisión estratégica de no asistir para que el juez termine designando a un perito que, tal vez, no cuente con las capacidades para realizar un dictamen respecto de la autoría de una fotografía digital, mirando cuestiones tan determinantes como la metadata. Sacando provecho entonces de la inexperiencia de este perito, que podría llegar a transmitirse a la sentencia del juez, determinando de forma injusta la autoría de una fotografía digital.

Una solución más equitativa, sería considerar a la participación en la audiencia de designación de peritos una carga procesal, y en rebeldía de una de las partes, se debería nombrar a un perito escuchando sólo a las partes presentes.

También resulta necesario que se actualice el artículo 416 bis del Código de

Procedimiento Civil, que regula la elaboración de listas de peritos por las Cortes de Apelaciones respectivas, que si bien valora positivamente que un perito esté vinculado a la docencia, esto no es en definitiva una garantía que el perito esté actualizado en sus conocimientos. Podría por ejemplo una hacer una clase de estética de fotografía y por esta razón integrar la lista de la Corte de Apelaciones, sin saber nada con respecto a la metadata. Sería de mucha utilidad, por ejemplo establecer capacitaciones obligatorias para los peritos, a fin de que se pueda garantizar que se encuentra actualizado en sus conocimientos.

Los resultados de las entrevistas nos hacen pensar que, mejor capacitado para opinar respecto de la determinación de la autoría de la fotografía digital, se encuentra un especialista en informática forense que un especialista en fotografía. Tal vez se podría optar por preferir a aquellos especialistas a fin de obtener un dictamen lo más certero posible.

Será muy importante también el rol que juegue el juez a la hora de valorar un dictamen, que creemos que debe considerarlo de forma crítica y no reproducirlo sin más en su sentencia.

El dictamen de un perito bien utilizado, será entonces clave en la determinación de la autoría de una fotografía digital.

iii. **Con respecto a la falta de jurisprudencia y proposiciones de educación**

Nos llama profundamente la atención la falta de jurisprudencia con respecto a usos no autorizados de fotografías digitales. Sabemos que el problema puede llegar a ser importante por la gran exposición que tienen imágenes, por ejemplo, en redes sociales que muchas veces son sacadas de forma indiscriminada por todo tipo de usuarios e incluso medios de prensa sin que medie una autorización alguna.

Podríamos llegar a pensar que si la ley establece la protección por el solo hecho de la creación, los autores podrían accionar en contra de todas estas personas pero en la práctica no lo están haciendo, y creemos que esto ocurre así por dos razones:

- 1) No conocen la protección legal de sus obras, por desconocimiento podrían llegar a pensar que si subieron una imagen a Internet todos están autorizados a utilizar la imagen sin pedir autorización alguna, o bien creerán malamente que la protección nace después de cumplir alguna formalidad como el registro de su obra.
- 2) La falta de posibilidades de controlar los usos que se hacen de las imágenes.

A continuación dejamos dos citas realizadas en el contexto de esta investigación que confirman lo planteado en el segundo punto:

“A medida que vaya envejeciendo cada vez me va a preocupar menos el hecho de que alguien esté usando mis fotos, ya no es un tema personalmente para mí. Para mucho de mis colegas y amigos no es un tema que nos preocupe tanto, y va a depender del uso que le den y de dónde van a estar publicadas, pero por ejemplo si alguien saca mi foto y la pone de protector de pantalla no es algo que me complique, lo que me complica es si alguien está lucrando descaradamente con mi imagen.

(...)

En las charlas que he ido de exponentes extranjero, no es un tema que les preocupe a ellos, porque piensan lo mismo que yo que hoy es totalmente difícil ¿quién se va a hacer cargo de la cantidad de fotografías que deambulan en la Web? Son volúmenes demasiado altos, la cantidad de volúmenes que hacemos por la inmediatez que te regala la fotografía digital hoy en día, esa posibilidad de hacer mucho a través de tu cámara digital hace que esto se haya transformado en un caos.”²²⁴

“En el caso de la fotografía digital en internet, no es posible controlarla, en este momento CREAMAGEN no tiene un control, ni un departamento de observatorio que pueda indicar efectivamente un uso no autorizado en la web. Esto se da en gran medida porque somos una Sociedad muy pequeña sin recursos para esta actividad, pero además porque es imposible estar revisando

²²⁴ Entrevista a Alejandro Hermosilla, realizada en el marco de esta investigación, con fecha 29 de noviembre de 2013, texto completo disponible en el anexo en 0 D.- Entrevista a Alejandro Hermosilla p.234

internet todo el tiempo e identificar todas las fotos usadas sin autorización y mucho menos conocer a ciencia cierta quiénes son sus autores. En muchas ocasiones las fotos se suben incluso por los diarios sin el nombre del fotógrafo, entonces no tienes forma de saber efectivamente de quien es la foto que se está utilizando. El principal control que tenemos es el de nuestros propios autores. Ellos generalmente son los que nos indican los usos no autorizados de sus obras fotográficas. Sí existen algunas obras fotográficas famosas que conocemos, y podemos detectar su uso en internet o en otros medios, pero son los menos, estamos hablando de un número tan reducido como 10 o 15 obras fotográficas, no más. CREAMAGEN tiene un contrato de colaboración con SCD quienes nos ofrecen un servicio de back office, y podemos apoyarnos en su departamento de observatorio. Ellos están todo el tiempo revisando diarios, revistas y otras publicaciones, en formato papel o en la web, y en muchos casos hemos identificado por esta vía usos no autorizados. No obstante en el caso de la fotografía es mucho más difícil. Es más fácil identificar una obra de un artista reconocido como Samy Benmayor, Matilde Pérez, Santos Chavez etc, que la obra de un fotógrafo por muy conocido que sea. Por una parte los volúmenes de creación de los fotógrafos son mucho más extensos que en otras manifestaciones artísticas y por otra parte, no somos expertos en arte lo que hace más difícil la identificación de obras fotográficas.”²²⁵

A diferencia de lo planteado por ambos entrevistados, creemos que el control

²²⁵ Entrevista realizada en el contexto de esta investigación a Alena Zamora, directora ejecutiva de CREAMAGEN, texto completo disponible en anexo A Entrevista a Alena Zamora p.205

no es imposible, puede ser costoso, pero no imposible, tal vez es imposible revisar el Internet en su totalidad, pero si se podrían tomar muestras de potenciales sitios en los que se podrían realizar usos no autorizados, esta tarea sin embargo y las posibilidades técnicas al respecto exceden el ámbito de nuestra investigación y capacidades profesionales. Tal vez algún ingeniero podría aceptar este desafío de desarrollar alguna especie de software que escanee automáticamente el Internet e contra un catálogo de imágenes previamente establecido, incluso podría ser un gran nicho de negocio la creación de algún servicio de escaneo respecto de obras fotográficas.

En cuanto a la falta de educación, creemos que son muy sencillas las medidas que se pueden tomar en este sentido, como por ejemplo la incorporación de estos contenidos tales como los derechos que nacen por el solo hecho de una creación de una fotografía digital, la importancia de las medidas tecnológicas de protección y su eficacia probatoria, y las posibilidades de accionar en contra de terceros que hagan usos no autorizados de obras, en la formación de autores en institutos profesionales o de arte, o la difusión de estos contenidos en algún tipo de taller organizado por alguna sociedad de gestión colectiva de derechos, instituto etc., Son muy variadas las iniciativas que se podrían tomar en este sentido.

Incluso esta misma investigación, tiene la pretensión de haber sido un aporte en esta tarea de educación con respecto a los derechos que nacen de la creación de una fotografía digital y de los mecanismos que existen para probar la autoría y

en definitiva hacer efectivos estos derechos.

iv. **Con respecto a nuestra hipótesis**

Finalmente nuestra hipótesis **“los métodos tradicionales de prueba de autoría obras del intelecto humano, no son suficientes para garantizar los derechos que emanan de la autoría de una fotografía digital.”**, se ve confirmada parcialmente, ya que si bien mediante una interpretación armónica del sistema es posible probar la autoría de la fotografía digital con el documento electrónico que contiene a una fotografía digital, esta interpretación puede ser discutida por una contraparte en un juicio.

No existe entonces certeza que un tribunal un tribunal acoja la prueba de la autoría de una fotografía digital mediante el análisis del instrumento digital que la contiene, problema que se ve agravado por la inexistencia de jurisprudencia al respecto.

La legislación y el catálogo tradicional de medios de prueba entonces, no es suficiente para garantizar los derechos que emanan de la creación de una fotografía digital, siendo recomendable una modificación legal que adapte la definición de fotografía, haciéndola neutra y que incorpore las medidas tecnológicas de protección como un medio de prueba válido en nuestro procedimiento civil, como procedimiento base en nuestro sistema.

Estos cambios, facilitarían el ejercicio de sus derechos a los autores, lo que

sería un aporte de gran relevancia social al reconocimiento y debida remuneración a los autores y titulares de derechos patrimoniales de las obras y por ende posibilitaría un gran crecimiento cultural en ese sentido en nuestro país.

ANEXOS

A. Entrevista a Alena Zamora

Entrevistada:

Alena Zamora Delgado

Directora Ejecutiva

CREAIMAGEN

A continuación dejamos la minuta de la entrevista realizada en el contexto de esta investigación a Alena Zamora Delgado, directora ejecutiva de CREAIMAGEN, sociedad de gestión colectiva de derechos de autor, que entre otras se dedica a gestionar colectivamente, los derechos sobre fotografías digitales, la entrevista fue realizada con fecha Lunes 26 de Noviembre de 2012, y la minuta fue revisada y autorizada su reproducción en esta investigación.

¿Conoce alguna jurisprudencia o acuerdos privados, en donde se discuta en relación a la fotografía digital en general y en particular respecto a la presunción del Art. 34 de la ley 17.336, respecto de usos no autorizados?

No tengo conocimiento de jurisprudencia en esta materia.

En la práctica con relación a los fotógrafos, se entiende que el original de la fotografía es el que se guarda en archivo Raw, o en archivo jpg en alta resolución,

en los computadores o herramientas de almacenamiento de los fotógrafos. No existen antecedentes o precedentes legales de este tema que yo conozca que indique cuáles es el formato análogo al negativo en el ámbito digital y tampoco he tenido negociaciones con relación a que archivo o formato se consideraría el original de una obra fotográfica. Lo que hacen algunas agencias, es firmar un contrato donde se incluyen cláusulas relacionadas con el derecho de autor de sus trabajadores. Por ejemplo, tengo entendido que el Diario “El Mercurio” firma un contrato con sus trabajadores donde se paga un monto extra por los derechos de autor sobre las obras que aportan al diario, además del contrato laboral, lo que elimina cualquier tipo de discusión al respecto. Esto es lo más formal que conozco con relación a esta materia. Tengo entendido que también esta es práctica de otros diarios importantes. No conozco hasta ahora ninguna revista que incluya en sus contratos de trabajo cláusulas relacionadas con el derecho de autor (lo que no significa que no pueda existir). Hoy en día estamos en un proceso de negociación por el uso de imágenes, en específico fotografías no autorizadas, de dos fotógrafos que estuvieron trabajando para una empresa de una revista específica, cuyo trabajo fue contratado de forma particular para cada solicitud, sin que hubiera un contrato temporal o indefinido de por medio. Estos trabajos se pagaban por trabajo terminado, a través de boletas de honorarios emitidas por los propios autores, sin mayor descripción que “pago por sesiones fotográficas”. Luego de dos años dejaron de trabajar para dicha revista, la cual ha seguido usando las fotos en posteriores ediciones. Según la Ley 17.336 se entiende que la autorización está

concedida solo por la primera edición, disposición que no se cumple en este caso. Temas similares a este es lo que generalmente hemos negociado en el área de la fotografía, así como uso de fotografías preexistentes en soportes no autorizados, y determinación de obras por encargo. Respecto a temas relacionados con el original de una obra fotográfica digital, no hemos tenido experiencia de negociación hasta el momento.

¿Cuál es el rol que consideran ustedes cumplen hoy en día las medidas tecnológicas en la protección de las fotografías digitales?

Hay que partir de lo básico, cuando nosotros conversamos con los fotógrafos, muchos fotógrafos, incluso profesionales, tienen sus obras en internet en alta resolución sin ninguna protección, se pueden bajar, se pueden imprimir, incluso no tienen marca de agua, y hoy en día en el tema digital la utilización es tan rápida, tan instantánea, que basarse solo en la protección que te puede entregar la legislación para el uso no autorizado de la obra es prácticamente un eufemismo. Lo que le indicamos a nuestros fotógrafos es que lo primero que tienen que hacer cuando suben sus obras al internet, es contar con alguna protección técnica que impida su uso por terceros, independientemente de la mención de reserva de derechos que puedan hacer en los sitios web. Entre estas aconsejamos contar con una marca de agua encima de la obra, que si bien expertos pudieran eliminarlas al menos sería un trabajo mayor para ellos y demostraría de manera expresa la mala fe del utilizador. Además aconsejamos subir la obra en baja resolución e imprimirle determinadas protecciones que

impidan reproducirlas ya sea en otro computador o en formato material a través de la impresión. Aun cuando exista una legislación en la materia que otorga al autor cierto grado de protección, es muy difícil controlar su uso en la web si entiendes que la persona que está utilizando la imagen probablemente no radica en el país o el servidor está en otro lugar, por lo que lograr resultados favorables para frenar el uso no autorizado de la obra e incluso una remuneración por lo ya utilizado, es en muchos casos prácticamente imposible. Es en este ámbito, las medidas tecnológicas que resguardan la obra, más allá de algo adyacente o supletorio a la legislación, en internet se convierte en una práctica mucho más importante que la propia protección legal.

¿Cuál es el rol que creen ustedes que juega la metadata en la fotografía digital?

En muchos casos, la fotografía no se vincula con un título como si pasa en la práctica de otras artes. Normalmente la fotografía no tiene un nombre artístico e incluso, en la fotografía publicitaria por ejemplo, no es necesario indicar el nombre del autor o el título de la foto (si lo tuviera) en la publicación. Obviamente esa inscripción (la metadata) es una prueba fundamental para el fotógrafo demostrar ser el creador de la obra.

Nosotros tenemos un banco de imágenes y respaldamos que el autor tiene esas obras y en consecuencia es su titular y las podemos administrar y arrendar a otras personas, precisamente porque en su computador o servidor ellos tienen ese

respaldo y que es lo que en definitiva puede probar que ellos son los creadores de la obra, que tiene los derechos de la obra, salvo prueba en contrario. No obstante no es suficiente para frenar de alguna manera el uso no autorizado en las redes digitales, no es una protección suficiente. He tenido casos de autores que han venido y han dicho que les han utilizado obras en tales y tales páginas web, y el resultado ha sido nulo, se ha notificado que hay un uso no autorizado, incluso páginas radicadas en Chile, se ha indicado que corresponde un pago por derechos de autor y no han bajado las obras de internet y mucho menos pagado los derechos correspondientes.

Con la velocidad de los usos en internet, es muy difícil hoy en día contar solamente con la legislación para proteger las obras en la red, específicamente las obras fotográficas.

¿Cuál es el rol de CREAIMAGEN?

Nuestro trabajo fundamental es gestionar los derechos de autor de nuestros socios, quienes se inscriben en la Sociedad y nos otorgan un mandato de forma voluntaria. Realizamos una gestión colectiva, en esencia gestionamos derechos patrimoniales. En principio el utilizador, en una situación perfecta, se nos acerca y nos indica que quiere utilizar una obra de determinado autor de nuestro repertorio. Nosotros gestionamos esos derechos a favor del utilizador, autorizándole los derechos solicitados a cambio del pago correspondiente según las tarifas aprobadas por el Consejo Directivo y publicadas en la Gaceta Oficial. Estas

licencias se otorgan por un periodo determinado, de forma acotada al uso solicitado y en correspondencia al pago de los derechos según el uso que se pretenda. En otros casos nos percatamos de la existencia de un uso no autorizado, ya sea a través de nuestras búsquedas o por notificación del propio autor o titular de los derechos, momento en el cual exigimos al usuario la restitución de los derechos, que sería el pago que corresponde más el 50% por indemnización según nuestras tarifas publicadas. El mandato que nos otorga el autor nos autoriza a actuar de oficio en estos casos. Existe un primer acercamiento al usuario solicitándole la restitución de los derechos vulnerados, con un procedimiento aprobado por nuestro Consejo Directivo. De no llegar a un acuerdo, se estudia la demanda colectiva ante los tribunales que correspondan. Los montos recaudados son distribuidos y liquidados a nuestros socios, con un detalle del uso de su obra, previo descuento de un 20% por gastos de gestión. La Ley nos autoriza a cobrar hasta un 30% por gastos de gestión no obstante, por acuerdo del Consejo Directivo se cobra hasta el momento el 20%. Además también hemos realizado un trabajo educativo e informativo no solo a nuestros socios por los derechos que les corresponden sino también a los usuarios, entregándoles las herramientas necesarias para que puedan usar las obras respetando los derechos de los creadores.

Aun siendo una sociedad de gestión colectiva, en el ámbito de las artes visuales, en especial las artes plásticas la gestión se da de manera específica. Es posible identificar donde se está utilizando una obra y a qué autor pertenece. En el

caso de la fotografía es más difícil identificar la obra en relación con su autor, por lo que generalmente el trabajo con el fotógrafo es mucho más directo, más dependiente.

Generalmente tomamos conocimiento de los usos que se pretenden dar de las fotos directamente por los fotógrafos. Son ellos los que nos notifican y nosotros actuamos licenciando al usuario que quiere usar la foto, o negociando el pago posterior al uso no autorizado, es en ese sentido que va la protección. Tenemos una lista de autores que gestionamos e intentamos que el uso de su obra sea legítimo, y si no es legítimo sean restablecidos sus derechos y pagado lo que corresponde. Estos usos se restringen según lo solicitado y la licencia que emitimos se limita según el tiempo, el lugar de uso, los derechos autorizados y otros elementos limitativos. Nosotros no registramos obras a diferencia del registro de Propiedad Intelectual, cuyo rol es dar fe de la declaración que realizan los autores con relación a la obra que pretenden registrar. Nosotros como Sociedad de Gestión de derechos de autor documentamos la obra del autor, al que representamos en su totalidad de creación salvo aquellas obras que expresamente declaren no querer que sean gestionadas.

¿Cómo controlan los usos?

En el caso de la fotografía digital en internet, no es posible controlarla, en este momento CREAIMAGEN no tiene un control, ni un departamento de observatorio que pueda indicar efectivamente un uso no autorizado en la web.

Esto se da en gran medida porque somos una Sociedad muy pequeña sin recursos para esta actividad, pero además porque es imposible estar revisando internet todo el tiempo e identificar todas las fotos usadas sin autorización y mucho menos conocer a ciencia cierta quiénes son sus autores. En muchas ocasiones las fotos se suben incluso por los diarios sin el nombre del fotógrafo, entonces no tienes forma de saber efectivamente de quien es la foto que se está utilizando. El principal control que tenemos es el de nuestros propios autores. Ellos generalmente son los que nos indican los usos no autorizados de sus obras fotográficas. Sí existen algunas obras fotográficas famosas que conocemos, y podemos detectar su uso en internet o en otros medios, pero son los menos, estamos hablando de un número tan reducido como 10 o 15 obras fotográficas, no más. CREAMAGEN tiene un contrato de colaboración con SCD quienes nos ofrecen un servicio de back office, y podemos apoyarnos en su departamento de observatorio. Ellos están todo el tiempo revisando diarios, revistas y otras publicaciones, en formato papel o en la web, y en muchos casos hemos identificado por esta vía usos no autorizados. No obstante en el caso de la fotografía es mucho más difícil. Es más fácil identificar una obra de un artista reconocido como Samy Benmayor, Matilde Pérez, Santos Chavez etc, que la obra de un fotógrafo por muy conocido que sea. Por una parte los volúmenes de creación de los fotógrafos son mucho más extensos que en otras manifestaciones artísticas y por otra parte, no somos expertos en arte lo que hace más difícil la identificación de obras fotográficas.

¿Cuántos asociados tienen en CREAMAGEN?

Tenemos alrededor de 300 asociados. Tenemos convenio con dos asociaciones importantes, FOTOP y APECH. FOTOP es una Asociación de fotógrafos publicitarios, con la que celebramos un acuerdo en el año 2003, por el cual los miembros de FOTOP, pueden ser directamente aceptados en CREAMAGEN siempre y cuando firmen el contrato específico del mandato. La firma de este contrato por parte de cada autor es fundamental porque la gestión colectiva es voluntaria. Para este año calculamos haber ingresado unos 100 autores más, y la media entre fotógrafos y otros artistas, ya sean pintores, escultores, diseñadores, es casi un 50% de fotógrafos y el de otras manifestaciones.

¿En opinión de ustedes los autores están haciendo valer sus derechos? ¿hay un estudio al respecto?

No existe un estudio formal al respecto, pero en mi opinión, estamos muy lejos de cumplir con la legislación actual en materia de derecho de autor, legislación que por si misma es bastante deficiente en especial para las artes visuales. Hoy en día nos cuesta mucho convencer a los usuarios que tienen que pagar derechos de autor, porque los usuarios y la sociedad en general entienden que las artes visuales son un pasatiempo y no lo ven como un trabajo profesional, y se sienten con el derecho de acceder a dicho trabajo de forma gratuita. Lo más complicado del tema es que no estamos hablando solo de empresas privadas,

estamos hablando también del sector público, quienes constantemente solicitan derechos de forma gratuita a los autores e incluso a nuestra Sociedad o intentan pagar lo menos posible. Por otra parte los propios creadores tampoco tienen conciencia del valor de su trabajo, y en muchas ocasiones entregan estas obras de forma gratuita, resultando que se termina pagando al autor extranjero más y mejor que a nuestro creador nacional. A pesar de esto nuestra Sociedad ha recaudado a favor de los autores hasta 4 veces más de lo que recaudábamos hace 3 años atrás, pero aún sigue siendo insuficiente y aún siguen existiendo muchas utilidades en Chile que no son debidamente remuneradas a los autores. Para que tengas una idea, este año hemos tenido 3 instituciones públicas que han solicitado derechos de forma gratuita a autores nacionales y por otro lado a los autores extranjeros, les pagan los derechos a través de nosotros mismos, por los convenios que tenemos con sociedades hermanas en otros territorios. Hoy estamos muy lejos de cumplir la legislación que tenemos, que de por sí ya es bastante mala en materia de artes visuales. En mi opinión, el artista visual es el más desamparado por la legislación vigente, encima no existe conciencia ni cultura en la sociedad chilena de justa remuneración por derecho de autor, lo cuál dificulta aún más nuestro trabajo.

B.- Entrevista a José Silva Bustos

Entrevistado:

José Carlos Silva Bustos

Perito en especialidad Fotografía, en el listado realizado por la corte de apelaciones de Santiago para el Periodo 2013.

A continuación dejamos la minuta de la entrevista realizada en el contexto de esta investigación a José Carlos Silva Bustos, perito que figura en la lista realizada por la corte de apelaciones de Santiago para el período 2013, José es fotógrafo profesional formado en el instituto Profesional Duoc, además de haber complementado su título estudiando Artes de la Comunicación en la Universidad Católica y con un diplomado en educación. Trabajó como funcionario de “Investigaciones” en su laboratorio de criminalística en la sección de fotografía. La entrevista fue realizada con fecha Miércoles 06 de Noviembre de 2013.

A su modo de entender ¿cuál es el rol que desempeña un perito en un juicio en materias de propiedad intelectual?

A mi modo de ver en un juicio en el que se discute la propiedad intelectual de una determinada obra, el rol del perito es corroborar, determinar, por ejemplo cuando esta obra es una fotografía digital, si la imagen sobre la que versa la discusión es efectivamente de propiedad de la persona que dice haber tomado

la imagen con la cámara. En el ejercicio profesional, me tocó participar de una pericia, en el marco de un juicio sobre propiedad intelectual de un libro de Pablo Neruda, un periodista que trabajo mucho con Pablo Neruda, escribió un libro de la vida de Pablo Neruda y tiempo después en la revista “Paula” se reutilizaron las imágenes de este libro, sin autorización alguna. En este caso la fotografía estaba contenida en un negativo, ya que se trataba de fotografía convencional, y para intentar burlar los derechos de propiedad intelectual de quien correspondiera, en la revista paula imprimieron las imágenes de forma invertida. Se comprobó rápidamente que solo era inversión de negativo. En el fondo, el rol que puede cumplir el perito es corroborar que la imagen es de autoría de la persona que dice que la capturó o no.

¿Qué métodos considera aptos para acreditar la autoría de una obra digital?

En las obra digitales determinar la autoría es una tarea difícil, porque con las nuevas tecnologías es muy fácil manipular, trucar, por ejemplo utilizando el software “Photoshop”, y por otro lado es muy difícil determinar si una fotografía digital ha sido manipulada o trucada. En los inicios de la fotografía digital, esto era más o menos sencillo, en el sentido de que mediante técnicas como por ejemplo “por ampliación”, se determinaba a través de una serie de verificaciones, la autenticidad de una fotografía (por ejemplo que los pixeles estuvieran en línea, en columna, sin embargo, hoy Photoshop ha avanzado mucho y disimular el arreglo, disminuyendo las posibilidades de detectarlo).

Además en principio, en los metadatos, se podía encontrar si una foto había sido manipulada, quedaban algunos indicios, como por ejemplo al interior de una fotografía se distinguían distintas “capas”, lo que acusaba la manipulación de la imagen. Hoy en día Photoshop trae una herramienta incorporada que elimina las capas, las fusiona, impidiendo que se pueda determinar con la cantidad de capas si una fotografía fue intervenida.

¿Cuáles son los títulos y calidades que debe reunir un perito especialista en fotografías?

Los requisitos para ingresar como perito a la policía o bien como perito judicial, no son muy exigentes. Sólo se exige un título técnico o profesional que haya significado al menos cuatro años u ocho semestres y de estudio, idoneidad moral, idoneidad penal (es decir no tener antecedentes penales). Este título sólo debe estar relacionado con la fotografía, pero da lo mismo el año en que hayas obtenido el título profesional, sería indistinto haber estudiado fotografía en 1940 o en el año 2013 (lo que podría significar una diferencia importante en conocimientos técnicos). Si te titulaste el año cuarenta y no te has actualizado no tienes idea de la tecnología actual. Muchos fotógrafos antiguos, no están muy al día con estos temas. Si uno no se actualiza, se va quedando atrás y hoy prácticamente no hay nadie que trabaje con fotografía analógica. Ahora más allá de los requisitos legales, un buen perito debería mantenerse actualizado, debiera estar familiarizado con las nuevas tecnologías. En mi opinión, debería existir un examen de conocimientos generales de la

actualidad tecnológica.

¿Usted conoce de la existencia de algún título profesional o algún perfeccionamiento que actualice a un perito?

No lo hay, no existe, el requisito legal es cualquier título asociado a la fotografía, que contemple fotografía, por ejemplo puedo ser diseñador y si la malla de mi carrera contempla uno o dos semestres de fotografía, quedo habilitado para ser perito en la especialidad de fotografía, en circunstancias de que el diseñador tiene otra visión de esto, ya que su especialidad es el diseño y no la fotografía como tal.

¿Le ha tocado participar en un juicio en donde deba determinar la autoría de una fotografía digital?

No, habitualmente los juicios en que uno participa son en materias penales, del tipo de delito contra las personas, no contra las cosas. En el tiempo que estuve en el laboratorio de criminalística de la policía de investigaciones, que fueron unos 30 años, me tocó participar en más de doce mil pericias, ninguna de autoría intelectual, en esos años (hace unos 20 o 25 años atrás), no existía una sección de peritajes audiovisuales, unidad que hoy en día sí existe. Solo existía una sección de fotografía forense, y los peritajes de autoría intelectual los hacíamos nosotros, pero de todo tipo, y lo que nos llegaba en esos años, estaba relacionado con la piratería de musical, primero en cassettes y después de CD, como lo más cercano al campo audiovisual era la sección de

fotografía, nos lo enviaban a nuestra sección. En esos años nos actualizábamos y nos preparábamos un poco por iniciativa propia, yo partí siendo fotógrafo del Duoc, después me enviaron al laboratorio de criminalística y por mi cuenta fui a estudiar “Artes de la Comunicación” a la Universidad Católica, pero esto lo realicé por iniciativa personal, no por una exigencia legal o funcionaria.

¿En el caso de que hipotéticamente le tocara participar en un juicio que buscará determinar la autoría de una fotografía digital, qué elementos tomaría en consideración en el análisis de la autoría de la misma?

Partiría con lo que uso hasta el momento, primero por ampliación para ver si hay una deformación de pixeles, buscando analizar la autenticidad de la imagen. Por ejemplo, cuando uno recorta una imagen y esta es circular, uno pasa a llevar un contorno del pixel a veces, (porque el pixel es muy chico). Cuando uno amplía, se ven las filas de pixeles que están ordenados como un cuaderno de matemáticas, pero a veces hay algunos que le falta una porción, lo que indica que la imagen ha sido adulterada. Otro método podría ser, ver si existen contornos de cortes de imagen, en donde para evitar que se note, lo desenfocan, pero desenfocan solo ese contorno, entonces queda un indicio y la parte de arriba y el pixel de abajo están a foco y el pixel del medio está desenfocado. Y además de eso, no habría mucho más para analizar.

¿En definitiva verificaría la autenticidad de la imagen?

Claro.

Entonces para poder vincular a una persona con una fotografía ¿tiene alguna herramienta dentro de la imagen?

Si no es 100% una imagen profesional no hay como, y esto atendido al tipo de cámara que se utilizó para realizar la captura. Si la cámara es de tipo “turista”, es decir una cámara que no es del tipo “SLR”, no hay como poder vincular una fotografía con su autor. En una cámara SLR se pueden utilizar archivos con formato Raw (cuestión que debiera ser una exigencia para profesionales), este tipo de archivos, no permiten ningún tipo de modificación, lo que facilitaría enormemente su autenticación. Si bien es cierto la imagen como tal se puede manipular, trucar o realizarle algún tipo de modificación, para hacer esto sobre un archivo Raw tienes que cambiar de formato, o de extensión de archivo, de forma que si se cambia el formato, existe un indicio fuerte para pensar que el archivo fue adulterado. El formato raw no tiene ningún elemento de modificación, por consiguiente tampoco se puede modificar la metadata.

Y en la metadata de ese formato Raw ¿tiene algún elemento que permita vincular al autor con la fotografía?

Sólo con la cámara. Pero también vas a tener que hacer un trabajo de criminalística adyacente a la imagen, vas a tener que ligar la cámara con el autor de la foto, por ejemplo si es el dueño, si la compro, si no la compro en fin, pero esto ya va desde el punto de vista de investigación criminalística y no solo de fotografía.

¿Qué función cumple la metadata de una imagen?

La función original es dar justamente los datos valga la redundancia, dar la mayor cantidad de información de la toma de imagen, de la captura de imagen, hoy en día toda la información de cámara, como por ejemplo el día de captura, de velocidad de toma, de la abertura de diafragma utilizado, etc., toda la información de toma está incorporada en la imagen. Antiguamente quedaba alguna información de toma en el negativo que soportaba la fotografía, pero era difícil porque no todas las cámaras incorporaban información al negativo de autoría de toma, por otro lado esa información de metadata también es modificable hoy en día.

¿Tiene alguna forma de detectar si esta información ha sido adulterada?

No, no hay, hoy en día se puede modificar esa información, te vas a propiedades y cambias la información, no sé si hoy habrá algún programa como los recuperadores de datos que tiene ciber-crimen, hasta donde yo tengo información se pierden solamente los antiguos datos contenidos en la metadata. Hace poco hice una pericia y llegaron los datos por archivos comprimidos y al comprimir y descomprimir vas perdiendo datos, vas perdiendo información, se van saliendo alguna cantidad de datos, es bien complicado.

¿Es confiable la metadata?

No.

¿En base a qué elementos fundamenta sus informes?

Aquí hay dos cosas bien diferentes, una que es la pericia en sí, la pericia como tal la realiza un perito y como tal el perito no está en duda, así lo considero yo porque si no tendríamos que poner en duda a las pericias de todas las especialidades. Hoy en día todo es digital tendríamos que poner en duda los informes de carabineros, los puedes manipular, los puedes modificar, por lo tanto el informe del perito en si no debería estar en duda. Por consiguiente, difícilmente vas a ir a una pericia a determinar si está modificado o no está modificado porque no está en juego. Desde el punto de vista de periciar una imagen externa ahí el perito podría eventualmente poner en duda si hay o no alguna modificación.

En su experiencia ¿Qué valor asignan los jueces a los informes de perito en materia de propiedad intelectual?

Como plena prueba y lo aceptan y de hecho fallan dándole extremada importancia a los informes periciales, los fallos están basados en los informes periciales.

C.- Entrevista a Renzo Gandolfi

Entrevistado:

Renzo Gandolfi

Director de la Escuela de Derecho

UNIACC

A continuación dejamos la minuta de la entrevista realizada en el contexto de esta investigación a Renzo Gandolfi, director de la escuela de Derecho de la Universidad UNIACC, especialista en temas forenses informáticos, la entrevista fue realizada con fecha Viernes 15 de Noviembre de 2013, y la minuta fue revisada y autorizada su reproducción en esta investigación.

¿En cuáles áreas trabaja y como se relaciona esto con la protección de archivos y documentos digitales?

Soy abogado, de profesión, realice mis estudios en la Universidad del Desarrollo y el año 2006 curse el Magister “Derecho Informático” en la “Universidad de Chile”, magister que me dio una amplitud de conocimientos muy importantes y esencialmente es a lo que hoy en día me dedico.

Dentro de este magister nació la inquietud después de un taller con el profesor Cristian Maturana, de explorar un poco lo que era la evidencia digital. Cómo se validaba esta evidencia, qué peso tiene esta evidencia digital que es tan sensible, muchas veces es intangible, se modifica muy fácilmente, tiene muchas falencias desde el punto de vista probatorio, pero también tiene una parte sumamente interesante de investigarla. Saber la metadata, el archivo con

qué fue sacado, cómo cuándo, dónde, cómo se reconstruye un archivo borrado.

Es así que comencé a indagar, y descubrí que desde el punto de vista comercial no existía empresas que se dedicaran a comercializar software que sirviera para analizar estas temáticas en el mercado, y eso me llevó a formar una empresa que hoy representa casi cinco o seis marcas del ámbito forense informático, encontrándome certificado por todas las empresas desarrolladoras de estos software y hoy estoy de perito informático de distintas empresas y me dedico ciertamente a capacitar en este ámbito y también desde un punto de vista comercial a vender software forense y mi pasión hacer clases en universidades.

¿Existe algún software forense para analizar fotografías digitales?

La fotografía es una prueba que hoy en día es fundamental en las investigaciones forenses, razón por la cual existen muchos software que se dedican especialmente a la información que contienen desde un punto de vista formal las imágenes. Para ello existen dos software que son los más importantes en el mercado nacional e internacional, uno se llama FTK (Forensic Toolkit), de la empresa "AccessData" y el otro se llama "EnCase", de la empresa "Guidance Software", ambos son software que realizan una copia, un clon del disco duro a periciar y cuando ya tengo ese clon que simula una imagen fidedigna del disco original lo exploro, y dentro de esta exploración tengo filtros de búsqueda, que pueden ser por tamaño, por extensión y cosas por el estilo, a

modo de ejemplo cuando quiero detectar un archivo de pedofilia, un archivo de alguna imagen que tenga una orientación sexual busco a través de un formato de código "Hash", o si no de fotografía, siempre la fotografía está compuesta de un código, ese código "Hash" te va dar una nomenclatura del color piel, entonces a través de esta codificación busco todas las fotografías que reconozcan el patrón piel dentro de su creación, y así va a mostrar las fotos que estamos buscando y no nos desgastamos buscando dentro de un disco duro muchas fotos.

¿Qué es el código Hash?

Cada vez que toco una tecla en el computador, se genera un código, llamado código ASCII, este traslada un hexadecimal a número, por ejemplo el 10 hexadecimalmente va a ser una letra A y octadecilmante va a ser un 012, por tanto la lea A siempre va a tener una codificación de 10 y de 12, cuando sumo nuevas letras, se van sumando estos códigos y da como resultado final una sumatoria, y esto genera un código ASCII, este código ASCII para reconocer una creación como de una determinada persona se configura como una firma, un algoritmo. Este algoritmo se divide en dos tipos, uno que se llama MD5 y otro Hash, y lo que hace este algoritmo es que da la certeza de que ese archivo o ese algoritmo es válido para un determinado autor. Esto da la autenticación básica de un archivo, que puede ser una firma integra, no es modificable y siempre es la misma. Esto llevado al concepto informático forense cuando yo por ejemplo a un teléfono le hago un levantamiento y tengo por otro lado un

disco duro, puedo saber que la evidencia que copie es legítima, puedo saberlo porque el código Hash del teléfono cuando levante la información, es el mismo que tengo en la copia del disco duro, cuando la copie para realizar la pericia. Cuando coteje la evidencia, el código Hash debería ser el mismo. Por tanto ante la eventual discusión de la validez probatoria, a través del código Hash se podrá demostrar que son iguales, no hay diferencia.

Este código Hash llevado a una fotografía podríamos considerarlo como el ADN de la imagen.

¿Estos software permiten identificar si una imagen ha sido adulterada?

Por supuesto, dentro de la metadata que tiene cada fotografía, se encuentra registro de la fecha de creación, fecha de modificación y fecha de accesos, por tanto yo puedo saber a ciencia cierta cuando fue modificada incluso por quién fue modificada y qué fue modificado, eso se establece a través de un patrón de búsqueda.

A su modo de entender ¿cuál es el rol que desempeña un perito en un juicio en materias de propiedad intelectual?

El perito básicamente es la persona encargada de certificar la autenticidad del derecho que se discute, este concepto es muy amplio porque debe estar acotado a algún tipo de incidencia. La labor del perito va a consistir en acreditar

que por un lado la persona que utilizo una obra, algún tipo de creaciones no lo hizo bajo la autorización plena de quien creó la obra. O bien esta obra fue copiada sin que fuese autorizado por su dueño.

A modo de ejemplo, cada diseño de Software obedece a tres códigos base, código base, código fuente y código ejecutable. Para saber si estoy dentro de una clonación o copia de software, lo que yo debo explorar como perito, es acceder al código fuente a fin de cotejar si el código fuente de origen es el mismo código copiado, y en base a eso puedo saber que el tipo copio software sin autorización del dueño o propietario de los derechos intelectuales relacionados al software. El concepto se aplica a un catálogo de obras mucho más amplias dadas por el artículo tercero de la ley de propiedad intelectual 17.336, el campo de aplicación de un perito es súper amplio, imágenes, diaporamas, software, pueden ser muchas cosas. También desde el punto de vista documental puede ser un perito de escritos, existe mucha aplicación práctica desde el punto de vista formal para el perito del punto de vista de la propiedad intelectual.

¿Qué métodos considera aptos para acreditar la autoría de una obra digital?

Para mi es fundamental la fecha de creación de la obra y que esto quede inserto dentro de la metadata, esta es la forma más efectiva de acreditar la creación. Ciertamente existen sistemas alternativos como lo es inscribir la obra.

Desde el punto de vista digital, lo más importante es que dentro del formato o archivo de la metadata, el autor pueda poner el nombre, la fecha de creación y la hora. Estos tres índices dan cuenta de la creación de una obra y de esa forma paso a ser yo autor de la obra desde un punto de vista legal.

¿Cuáles son los títulos y calidades que debe reunir un perito especialista en fotografías o en obras digitales?

Tener un conocimiento muy acabado en materia de legislación de propiedad intelectual, en segundo lugar competencias en materias de informática, computación, decididamente para saber cómo interpretar un archivo, muchas veces los mundos del Derecho y de la Informática están separados. Con el pasar del tiempo vemos que estos dos mundos van confluyendo, porque en el fondo cada día tiene más injerencias en la vida cotidiana el mundo informático, por tanto la persona que se dedica a esto debe tener por un lado conocimientos de informática y por otro conocimientos de Derecho, esta debería ser la formación base de un perito para poder desempeñarse en estos ámbitos.

¿Le ha tocado participar en un juicio en donde deba determinar la autoría de una fotografía digital?

No.

¿En el hipotético caso que le tocara participar qué elementos de una fotografía digital tomaría en consideración en el análisis de la autoría de la misma?

Lo que marca la creación de la fotografía es la metadata, justamente como da cuenta el programa Infarview dan acceso a información como por ejemplo al instante en que fue sacada una fotografía, la cámara con que fue sacada una fotografía, al porte de la fotografía, el tiempo de exposición. Más allá incluso esta metadata me puede dar una localización geográfica, dónde fue sacada la fotografía. Si estamos discutiendo a quién pertenece una fotografía, estos antecedentes son de suma importancia para llevar a cabo una pericia y saber a quién pertenece esta fotografía y discutir de esta forma el derecho intelectual sobre la fotografía en cuestión.

¿Qué función cumple la metadata de una imagen?

La metadata es como la huella digital por decirlo así de todo tipo de archivos, esta me da información completa de cómo se configura un archivo, una fotografía en este caso. Me da la data de la información, de la creación, modificación, accesos a la fotografía, lugar geográfico en que se obtuvo la fotografía, todos datos que en el fondo pueden servir de base a un perito para poder interpretar esa fotografía y saber a ciencia cierta quién la sacó, donde, cuándo y cómo.

¿Hay algún elemento dentro de la metadata que permita identificar al

autor de la fotografía?

Toda fotografía al interior contiene una información, que puede ser completa, por ejemplo dónde se encuentra en el disco duro, el tipo de compresión aplicado a la imagen, cuánta resolución tiene, etc. Dentro de cada formato digital existe información que puede estar no visible a primera vista, siempre detrás de una imagen existen una serie de interpretaciones de códigos que se pueden visualizar a través de un formato o de un lector de imágenes. Bajo esta información se da una serie de información de la fotografía como la cámara, el modelo con que se sacó, el tiempo de exposición y cosas así.

¿Tiene alguna forma de detectar si esta información ha sido adulterada?

Se puede a través por ejemplo del software FTK, que para funcionar requiere de un Token (un dispositivo de firma digital) que autoriza el uso de la herramienta. Cada perito posee una llave, que posee la acreditación de quién es el perito, las certificaciones internacionales, y cuando por ejemplo realizo un levantamiento de un disco duro certifica la fecha y hora de inicio de la pericia. Nadie puede objetar desde el punto de vista jurídico el levantamiento de la información porque fue hecho bajo estándares internacionales.

Este Token cumple con los requisitos de la ley Chilena de firma electrónica, está cotejado con el tema de la firma digital, día y hora, certificación completa de la información. Este Token entró en vigencia hace dos años,

antiguamente todas las pericias se hacían en forma aislada. Ahora este sistema garantiza un standart mundial, que establece una ISO, la ISO 27.037, y esa ISO contempla la forma en que se adquiere la evidencia digital.

A través del Software FTK puedo saber la creación de un archivo y saber ciertamente si fue modificado y cómo fue modificado.

En todo tipo de archivos podemos detectar si el archivo o su metadata fue adulterada.

¿Es confiable la metadata?

Desde un punto de vista informático la información no siempre es confiable, cuesta mucho cotejar información, si no tengo un buen procedimiento de cotejo de evidencia cuesta mucho, no siempre es 100% seguro, puede ser que exista algún tipo de daño en el archivo que no permita conocer bien la metadata. En el 90% de los casos creo que es seguro.

¿En base a qué elementos fundamentaría sus informes?

Sobre la creación de la fotografía, en base a la metadata, la identidad de la persona que sacó la fotografía. Dentro del Derecho de Propiedad Intelectual, hay derechos que en sí van insertos en la creación intelectual, y dentro de este derecho encontramos derechos morales y patrimoniales. Derecho Moral está paternidad, integridad, edición y mantener la obra anónima, ciertamente la paternidad de la obra va a estar dada por el reconocimiento formal de la obra

que tu tengas respecto de tu obra. Si por ejemplo al interior de una fotografía dice que “Renzo Gandolfi” es el autor, los dos requisitos del derecho moral se cumplen, que es paternidad y otra integridad, es decir modificar la obra en el fondo sin que yo lo autorice. En principio desde un punto de vista formal, da en el pie para designar a una obra como mía. Por una obra tener una nomenclatura propia mía va a ser mía, después ya es un tema técnico, la metadata dónde la saqué, cómo, si dentro de la fotografía está asignada la fotografía a mi nombre, si la cámara está a mi nombre. Ya que hoy las cámaras se registran.

Si mi cámara está registrada, vinculo la serie de mi cámara con mi nombre, y todas las fotos que saque van a quedar asignadas automáticamente a mi nombre y en caso de que pierda la cámara, en el caso de que sea robada, puedo encontrar la cámara a través de la fotografía porque siempre va a ser la cámara de “Renzo Gandolfi”, si encuentro la cámara y en la metadata dice que una foto es de creación mía puedo dar en el fondo con la persona que hurtó o robó la cámara.

En su experiencia ¿Qué valor asignan los jueces a los informes de perito en materia de propiedad intelectual?

Esto es complejo, los jueces lamentablemente en la actualidad no poseen suficiente formación desde un punto de vista informático forense para darse entender y cuenta que es un informe pericial de este tipo.

Muchos jueces si lo han hecho, por ejemplo el juez Cristian Soto, el juez Jaime Fuica, que están a la vanguardia en conocimientos de este tipo, y realmente es un gusto estar muchas veces en la sala de ellos, porque es gente que sabe mucho y se capacita, pero un número considerable no entiende conceptos de informática, y lamentablemente todo lo que viene de aquí en adelante es todo desde el punto de vista tecnológico es informático, no solamente la fotografía, por ejemplo la validación de la fotografía en el sitio de un suceso.

En Estados Unidos cada perito que concurre al sitio de un suceso va con su cámara que va con un "Token", de forma que cuando saca una foto en su información me dicen "Foto Sacada en la Calle Salvador, esquina Marín, a tal hora, por tal perito", hoy en día en Chile ves una fotografía y no sabes si la fotografía fue sacada en el tiempo correcto, cómo fue sacada, dónde fue sacada, no sabes la hora, todo queda a la capacidad y a la calidad que tenga el ministro de fe que saca la foto. Nada asegura de forma cierta que la foto fue sacada en un determinado lugar. A diferencia de protocolos por ejemplo en Estados Unidos, dónde para que una fotografía sea válida, debe cumplir con todos los requisitos previos ya mencionados, sino queda fuera, en Chile esto no está instaurado y estamos a un buen tiempo de poder implementar esta tecnología en Chile, cosa que debiera hacerse por un asunto de certificación de evidencia, en circunstancias que por esta mala certificación de la evidencia una persona puede quedar dentro o fuera de la cárcel de una forma injusta.

Finalmente todo esto se vislumbra a través de la implementación de la ISO 27.037 sobre recolección y validación de evidencia digital.²²⁶

²²⁶ <http://insecurityit.blogspot.com/2013/09/reflexiones-sobre-la-norma-isoiec.html> [22.11.2014]

D.- Entrevista a Alejandro Hermosilla

Entrevistado:

Alejandro Hermosilla

Profesor de Laboratorio Digital

Instituto Profesional ARCOS

A continuación dejamos la minuta de la entrevista realizada en el contexto de esta investigación Alejandro Hermosilla, Profesor especialista en Laboratorio Digital y Post Producción, la entrevista fue realizada con fecha Viernes 29 de Noviembre de 2013, y la minuta fue revisada y autorizada su reproducción en esta investigación.

¿Cuál es su vinculación con la fotografía?

Me dedico a la fotografía, soy fotógrafo, post-productor digital hace aproximadamente 15 años que hago laboratorio digital, un poco por azar llegue al laboratorio digital, ingresé a fotografía y hoy me desempeño como docente de fotografía digital en áreas que tienen que ver con el laboratorio precisamente, post-producción digital, iluminación, técnicas, etc. Pero de experiencia tengo aproximadamente 15 años.

¿Este conocimiento en laboratorio digital lo obtuvo con la práctica, o estudió en alguna institución?

Académicamente no existe un lugar dónde se pueda estudiar post-producción digital, hay talleres, cursos que da Mac. Se aprende a través del ensayo y error, se aprende del estudio de quienes diseñan los software (programas computacionales), de gente que tiene que ver más con la electrónica que con el post-procesado, con el funcionamiento interno de las plataformas. Leyendo autores como José María Mellado. Que llevan bastante más tiempo que yo investigando el tema interno de la fotografía digital, el comportamiento de los histogramas, que es mucho más profundo, uno va profundizando los conocimientos, pero muchas cosas que hoy aplico han sido a través del ensayo y error.

¿Cómo definiría al laboratorio digital?

El laboratorio digital tiene su paralelo que tiene que ver con el laboratorio análogo, sencillamente cambió el lenguaje, cambiaron las herramientas pero el propósito es el mismo, que es de potenciar y mejorar las copias, no solamente en color, sino que hoy en día la manipulación es tan tremenda que no tiene límite. No hay un parámetro estándar de cuanto se puede manipular hoy en día una fotografía, eso generalmente lo determina la línea editorial para la que uno está trabajando, dependiendo de para cuáles clientes se esté trabajando, y es un poco complejo.

Existe una diferencia entre post-producción digital y laboratorio digital, cuando uno post-produce una fotografía, deja de ser fotografía, y esto es un

pensamiento tremendamente personal, en estos casos la fotografía se transforma en una gráfica.

En el caso del laboratorio se controlan las 3 variables del color que siempre son las mismas, tono, saturación, luminosidad.

Cuando uno trabaja en un archivo en formato Raw, la fotografía es eso es un crudo, por ende la intervención de la electrónica de la cámara no es aplicada dentro del fichero, me refiero al foco, al contraste, a la luminosidad a la vibración del color no interviene, por eso se llama crudo. Lo único que es capturado en el Raw es la temperatura y es porque la cámara no tiene las posibilidades de ajustar las frecuencias del espectro visible, cuando viene roto, en el caso del tungsteno, fluorescente u otra luz que tenga dominante, pero en estricto rigor el trabajo del laboratorio es eso, corregir algunos defectos que apuntarían justamente a estas imperfecciones lumínicas, imperfecciones que también tienen que ver con la construcción física de la cámara, de cómo se comporta la luz sobre los sensores, etc.

¿Cómo definiría qué es un archivo Raw?

El Raw es un crudo, es un nativo, tiene su analogía con respecto a la fotografía clásica y es que es nuestro negativo digital, el Raw son códigos binarios, son ceros y unos y es el lenguaje que entiende las máquinas, ahora en el archivo Raw, no se tiene la posibilidad de editar, el Raw se interpreta. Es por eso que cambia de intérprete a intérprete, va a depender de la plataforma en la

que este reproduciendo ese Raw, en que lo esté interpretando, las características que me va a dar de cromacidad.

Hoy no hay un estándar, yo creo que todas las compañías están tratando de dominar el mercado con respecto a cómo de alguna manera bloquean sus ficheros para decirlo de alguna manera con su código en el Raw.

“Adobe” se las ha ingeniado de alguna manera para abrir estos ficheros. Tengo mis propias especulaciones al respecto, siento que las compañías liberan la posibilidad de descriptar estos ficheros, estos códigos binarios para que puedan ser reproducidos en las plataformas de Adobe.

Adobe plantea su propio estándar que es DNG (dispositivo negativo digital), pero tampoco tenemos la certeza, de si esto se irá a estandarizar. La gran desventaja que tenemos en fotografía digital es la baja estandarización de todos los productos, y es un caos y no sé si irá a decantar en algún momento, porque es prácticamente un huracán y este no se puede dimensionar completamente porque hoy estamos en el centro de él, dimensionar hasta donde va a llegar es tremendamente difícil.

El archivo Raw tiene cualidades que son extraordinarias, que son exquisitas y es que podemos hacer interpretaciones sin pérdida, a diferencia de cuando trabajamos un Tiff, un jpg, que son compresiones editables. Hoy el Tiff ha evolucionado tanto que es capaz de contener un Raw sin pérdida, un Raw completo, incluso permite trabajar con capas, pero al momento de editar hay

pérdidas, en el caso de interpretar un Raw lo que hace simplemente es modificar el código binario, por ende no hay una degradación de la imagen no hay una pérdida. Poniendo un ejemplo, yo siempre le digo a mis alumnos que es como una micro en donde va la “Selección Chilena” y en el caso de editar en Photoshop tira a los futbolistas para debajo de la micro cuando la micro va andando, en el caso del Raw no, lo único que hace es cambiar a los futbolistas del asiento o les cambia la camiseta, pero siguen siendo la misma Selección Chilena, hay un cambio del código binario, de la interpretación cromática que tiene pero no hay una pérdida, y esa es una de las cualidades que tiene.

¿Un Raw es una copia que es fidedigna del original que no es modificable?

Es interpretable, y si es modificable el código, pero no se puede editar, no es un archivo imprimible, es un archivo que se le puede modificar el código fuente, para cambiar la interpretación de la cromacidad, pero no es un archivo que se pueda editar.

A su modo de entender ¿cuál es el rol que desempeña un perito en un juicio en materias de propiedad intelectual?

El trabajo que tiene es probar la autenticidad y la autoría intelectual del archivo, comprobarlo a través del uso de software disponible, pero esto igual es

sumamente complejo, porque hoy día se puede modificar todo, hay software para modificar los metadatos. Es muy difícil hoy en día determinar a quién pertenece, el tema hoy en día no pasa por proteger las copias, hoy en día la pregunta que hay que hacer es ¿quién se va a hacer cargo de eso?

La cantidad de fotografías que hoy en día dan vuelta en la red es gigantesca, “Facebook” recibe entre doscientos cincuenta y trescientos millones de fotografías al día, entonces controlar esos volúmenes de imágenes es difícil, mi pregunta sería ¿quién lo va a controlar?

Volviendo a la pregunta, yo creo que el perito tiene la función de probar parámetros técnicos, y obviamente a quién pertenece la creación de la obra, la creación intelectual.

¿Qué métodos considera aptos para acreditar la autoría de una obra digital?

Hoy creo que la inscripción es lo único que nos salvaguarda de un posible pirateo, no creo que sea una buena opción los metadatos, porque se pueden sacar, cambiar, modificar súper fácil, las marcas de agua estéticamente no son funcionales independiente del tamaño. Lo único que nos resta hoy día es la inscripción que nos proteja del uso sin autorización de nuestra obra, no veo otra salida, aunque tengo fe en que la tecnología va a decantar en alguna posibilidad de tener protección, pero es complejo por la cantidad de imágenes que se mueven en la red, trescientos millones de imágenes en Facebook, otros

tantos de miles en “Flickr” y otras plataformas más, la pregunta que hay que hacer es ¿quién lo va a controlar y cómo lo va a controlar?

¿Cuáles son los títulos y calidades que debe reunir un perito especialista en fotografías?

Primero ser fotógrafo y comprender el funcionamiento interno de la cámara digital, comprender como funcionan los histogramas, tener tremendamente claro lo que significa un fichero Raw, tiene que estar entrenado en el caso de fotografías que son manipuladas para probar su autenticidad, manejar conocimientos de software de post-producción digital, de iluminación por cierto y técnicamente manejar algunos software que están a disponibilidad y que hoy te permiten en este caso saber si esta imagen fue manipulada justamente a través del código binario después de la captura.

Me ha tocado, por ejemplo dar mi opinión con respecto a una fotografía de Hugo Chavez, en dónde fui el primero en decir que era un montaje, la fotografía del periódico y se me entrevisto al respecto, y el descubrimiento no lo hice a través del software sino a través de una característica técnica y es que la aberración cromática del lente, de la óptica estaba cortado justamente en una zona, cuando hicieron el recorte para el pegoteo de las letras en el periódico, pasaron a llevar las aberraciones cromáticas que por defecto provoca el lente, estaba mal cortada.

¿Qué es el histograma?

El histograma si lo pudiéramos definir mediante una metáfora, podríamos decir que es el ADN de cualquier fotografía, el alma, no hay ningún histograma en captura igual a otro, a menos que yo haga alguna clonación en Photoshop, que haga un duplicado.

Cada fotografía tiene su propio histograma, hay un histograma que es pre-captura y otro histograma que es post-captura pero que también sufre un cambio dependiendo del intérprete que yo utilice para hacer la lectura de ese fichero, hay un leve cambio en la lectura de la cromacidad que tenga por canal ese histograma.

Tiene una característica y es la gente que edita en niveles que están por debajo de los 16-bit, que editan con baja profundidad de color, es muy fácil detectar cuando una imagen fue alterada porque como los software que utilizan son destructivos (Photoshop es un Frankenstein, es tremendamente destructivo) abriendo el histograma se da cuenta inmediatamente que fue modificado porque aparece un defecto que se llama “efecto peine” donde el histograma se rompe y se rompe la transición tonal, lo que acusa manipulación inmediatamente.

¿Le ha tocado participar en un juicio en donde deba determinar la autoría de una fotografía digital?

No, si me ha contactado prensa como en cuatro ocasiones para saber si publican o no publican fotografía donde tienen dudas, por ejemplo respecto de

una fotografía de Hugo Chávez, también me han contactado por ejemplo en el caso de una imagen de un Iceberg negro que estaba en alguna parte del mundo, imagen que en diez minutos tuvo más de diez millones de visitas en Internet, y al final era un fotomontaje, un muy buen fotomontaje y que a la larga se probó que eran falsas.

En estos casos más que utilizar software he utilizado conocimientos más fotográficos que de laboratorio, que tienen que ver con las profundidades de campo, con las aberraciones cromáticas con las direcciones de la luz, y eso sencillamente lo ve un ojo entrenado.

¿Qué elementos de una fotografía digital tomaría en consideración en el análisis de la autoría de la misma?

El Raw por cierto, independientemente que los metadatos pudieran ser manipulados, la palabra del autor, aunque esto es bastante subjetivo pero es difícil que alguien reclame algo que no es de él, es difícil verlo, aunque hay casos en que se ha presentado ese tipo de características y yo tendría en cuenta el histograma, el Raw, la serie. Ojalá fijarme si esa fotografía fue capturada dentro de una serie y no fue una, generalmente los fotógrafos no hacemos solamente una fotografía, siempre hacemos series de fotos. Son como los parámetros que personalmente tendría como para saber si una fotografía es autoral.

¿Tiene alguna forma de detectar con el archivo digital si está en

presencia de un original o de una copia?

Si hay software que tienen que ver con los datos EXIF, que tienen que ver con las clonaciones y que detectan justamente el movimiento de información que guarda el fichero a través del uso del software y de las plataformas, como Windows, no sé si Apple lo hace, pero al menos Windows cada vez que haces un movimiento queda guardado en el fichero, guarda la hora en que se hizo la copia, los minutos, todo eso queda guardado en la información EXIF del fichero.

¿Qué función cumple la metadata de una imagen?

La metadata tiene una función particular que no es de protección, se mal entendió, metadata significa “muchos datos”, cuando partió esto de la metadata, que lo recuerdo muy bien de hecho fui un pionero en esta escuela (Escuela de Fotografía del Instituto Profesional Arcos), fui uno de los pioneros en trabajar con “Lightroom”, que tenía una función justamente de que si alguien quería averiguar respecto de una fotografía que sube a la Web y quería saber qué origen tenía, sus características, su origen, su nombre, el país de que provenía, y de quién era el autor, podría encontrar esta información en los metadatos, pero por lo menos desde que tengo uso de razón jamás se me ha hablado del metadato como protección, sino que sencillamente como muchos datos, y segundo tiene una función para la propia biblioteca, para la propia recopilación del trabajo personal de uno, son tantos los volúmenes que uno hace su trabajo, que estos metadatos nos permiten encontrar nuestro trabajo de una forma más

óptima y más rápida. Siento que esa es la función de la metadata, pero de protección no porque uno la puede quitar con software. Alguna persona que maneje Lightroom, "Photomechanic" o algún otro intérprete, tiene la posibilidad de modificar esos metadatos.

¿Tiene alguna forma de detectar si esta información ha sido adulterada?

He estado tratando de averiguar y no he encontrado ninguna, desconozco si ya inventaron algo, puede ser que sí, no me sorprendería, a los pasos agigantados que avanza la tecnología. Por lo menos yo no he encontrado nada, ni tampoco es un tema que personalmente me desespere. A medida que vaya envejeciendo cada vez me va a preocupar menos el hecho de que alguien esté usando mis fotos, ya no es un tema personalmente para mí. Para mucho de mis colegas y amigos no es un tema que nos preocupe tanto, y va a depender del uso que le den y de dónde van a estar publicadas, pero por ejemplo si alguien saca mi foto y la pone de protector de pantalla no es algo que me complique, lo que me complica es si alguien está lucrando descaradamente con mi imagen.

Tengo algunos colegas que les ha pasado y se han ido a juicio e incluso han ganado, incluso existe el caso particular de un profesor de Arcos, que en algún momento le piratearon fotos estos cruceros que van a la laguna de San Rafael, y utilizaron imágenes en su afiche que eran de él, y demandó al Mercurio y estuvo en un proceso súper largo, pero justamente mediante la

demostración de la serie, de que esa foto fue sacada de una serie que no era única sino de una serie de imágenes que era correlativa, él pudo demostrar que sus fotos eran de su autoría, ganó el juicio y a la larga lo que hizo “El Mercurio” fue comprarle todo el material y pagarle una indemnización.

En las charlas que he ido de exponentes extranjero, no es un tema que les preocupe a ellos, porque piensan lo mismo que yo que hoy es totalmente difícil ¿quién se va a hacer cargo de la cantidad de fotografías que deambulan en la Web? Son volúmenes demasiado altos, la cantidad de volúmenes que hacemos por la inmediatez que te regala la fotografía digital hoy en día, esa posibilidad de hacer mucho a través de tu cámara digital hace que esto se haya transformado en un caos.

Todos copiamos, el Chileno es copión, no tiene identidad y también abarca a los fotógrafos, la identidad del Chileno es ser copión, a veces somos tan descarados que prácticamente yo creo que estaría rallando en los Derechos Intelectuales de quien hizo una obra, entonces también hay un vacío importante porque nadie lo controla. He visto gráficas de exponentes importantes como “Gabriel Schkolnick”, como “Renato del Valle” que son citas que llegan a ser rancias y “asquerosillas” citas de fotógrafos españoles como “Eugenio Recuenco”. Cambian la modelo pero es la misma pose, la misma luz, tratan que la escenografía sea igual, y eso no deja de ser una falta. Es cierto que uno puede copiar, Picasso decía que un buen maestro tenía la capacidad de copiar, pero quien era genial era quien era capaz de sacar una nueva idea a través de

la copia, es decir tirar su propio Frankenstein de alguna manera, yo creo que ahí no hay pecado esa también es forma de crear.

¿En base a qué elementos fundamenta sus informes?

Justamente lo fundamentaría con las herramientas que tenemos hoy día, a través de estos software que han sido diseñados para saber si las fotografías pertenecen a alguna serie, me iría directamente a la información EXIF que guardan los ficheros, pero que también se pueden manipular, lo que hoy en día nos salva es la posibilidad de mantener la imagen en una tarjeta, porque casi todas las descargamos pero sabemos que hoy en día existen software que nos permiten rastrear información en nuestras tarjetas para recuperar esa información que está ahí después de los formateos. Creo que ese es uno de los buenos métodos. Para probar que esa fotografía pertenece a una serie que es del autor.

En su experiencia ¿Qué valor asignan los jueces a los informes de perito en materia de propiedad intelectual?

Yo creo que es lo más importante, porque es la palabra del experto, que es lo que va a determinar a la larga un juicio de una persona que no tiene la experiencia con respecto al tema que se está tratando. El trabajo de un perito fotográfico, o un perito en post-proceso o en manipulación digital es fundamental para llegar a un término con respecto al juicio que se estaría llevando, es fundamental.

BIBLIOGRAFÍA

- **Acepta.com.** Sitio Web Preguntas Frecuentes empresa certificadora Acepta.com. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] http://www.acepta.com/maillist/acepta_un_dia/html/faq.html.
- **Aguirre A., Francisco.** "Selfie" de un mono provoca polémica en Wikipedia por derechos de autor. La tercera Online. [En línea] <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/08/659-590129-9-selfie-de-un-mono-provoca-polemica-en-wikipedia-por-derechos-de-autor.shtml>.
- —. la "selfie del mono" ya tiene un ganador". La tercera Online. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.latercera.com/noticia/tendencias/2014/08/659-592463-9-se-acabo-la-polemica-la-selfie-del-mono-ya-tiene-un-ganador.shtml>.
- **Arrieta, Raúl, y otros. 2004.** El Documento Electrónico. Aspectos Procesales. [En línea] 2004. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10674/10952>.
- **BCN. 2010.** Ley Fácil, ley de propiedad intelectual. [En línea] 05 de Abril de 2010. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.bcn.cl/guias/propiedad-intelectual>.
- **Bustos, José Silva. 2013.** Entrevista en Rol de Perito especialista de Fotografía. Entrevista realizada en el marco de esta investigación. Disponible en Anexo, Santiago, 6 de Noviembre de 2013.
- **Cárdenas Deramond, Marjorie.** LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS COMO UN ELEMENTO DE LA SANA CRÍTICA Y EL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO. [En línea] Departamento de Estudios, Consejo de Defensa del Estado de Chile. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/4c137b85-40d3-4790-9ffc-14deb6c5fa4a/Rev+24_8+Informes+juridicos+La+motivacion+de+las+sentencias+como+un+elemento+de+la+sana+critica+y+el+recurso+de+casacion+en+el+fondo.pdf?MOD=AJPERES.
- **Cerda San Martín, Rodrigo.** El Juicio Oral en lo Penal. [En línea] [Citado el: 12 de Noviembre de 2013.] <http://es.scribd.com/doc/52804834/EL-JUICIO-ORAL-EN-LO-PENAL>.
- **Chileno, Congreso Nacional.** Ley de derechos de autor y propiedad

intelectual. [En línea] [Citado el: 2014 de Septiembre de 04.] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=28933&buscar=17336>.

- —. Ley de Firma y documento electrónico. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=196640>.
- —. Ley del nuevo proceso Laboral. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] Ley del nuevo proceso Laboral.
- Código Civil Chileno. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>.
- Código de Procedimiento Civil Chileno. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=22740&idParte=0>.
- Código Penal Español. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] http://www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/temas_profundidad.2007-05-02.5434448168/legislacion-extranjera/LO%2010%20espana.pdf.
- Código Procesal Penal Chileno. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595&idParte=0>.
- **Couture, Eduardo. 1981.** Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires : Ediciones Depalma, 1981.
- **De Urbano Castrillo, Eduardo y Magro Servet, Vicente. 2003.** La Prueba Tecnológica en la ley de Enjuiciamiento Civil. Navarra : Editorial Aranzadi, SA, 2003.
- **Del Peso Navarro, Emilio. 2001.** Peritajes Informáticos. Madrid : Diaz de Santos, 2001. ISBN: 84-7978-497-0.
- Directiva de Europea de Derechos de Autor en Internet. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0029&from=ES>.
- **Fernández Delpech, Horacio. 2006.** MEDIDAS TECNOLÓGICAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN INTERNET - LOS ACTOS ELUSIVOS - LA PROTECCIÓN JURÍDICA CONTRA LA ELUSIÓN. [En línea] 2006. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.hfernandezdelpech.com.ar/MEDIDAS%20TECNOLOG.DE%20PROTECCION-MERCOSUR.pdf>.
- **Gandolfi, Renzo. 2013.** Entrevista realizada en el contexto de esta investigación. 15 de Noviembre de 2013.

- **González Hoch, Francisco. 2003.** La prueba de las obligaciones y la firma electrónica. [En línea] 2003. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewArticle/10647/11375>.
- **Guasp, Jaime. 1998.** Derecho Procesal Civil. s.l. : Civitas, 1998.
- **Hermosilla, Alejandro. 2013.** Entrevista realizada en el contexto de esta investigación. 29 de Noviembre de 2013.
- **Herrera Bravo, Rodolfo.** ALGUNAS OBRAS DIGITALES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.galeon.com/rodolfoherrera/obrasdigitales.pdf>.
- **Hilz, Corey. 2009.** Focus on Photoshop, Focal. [En línea] 2009. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.sciencedirect.com/science/book/9780240812205>.
- **Lipszyc, Delia. 2004.** Nuevos temas de derecho de autor y derechos conexos. París : Publisher París, 2004.
- **Lira O., Cristóbal. 2002.** La Sana Crítica como Criterio de Valoración de la Prueba en el Proceso Civil. Santiago : Memoria para Obtener el Grado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, 2002.
- **Maturana Baeza, Javier.** Sana crítica: Un sistema de valoración racional de la prueba . Universidad de Chile : Tesis de Grado.
- **Maturana Miquel, Cristian. 2012.** Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo La teoría General de la Prueba. Santiago de Chile : Central de Apuntes, Universidad de Chile, 2012. MAT05081.
- **MONTERO A., Juan. 1996.** La prueba en el proceso civil . s.l. : Editorial Civitas , 1996.
- **Motelet, Oliver. 2007.** Improving learning-object metadata usage during lesson authoring. [En línea] 2007. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] http://www.thesis.uchile.cl/tesis/uchile/2007/motelet_o/sources/motelet_o.pdf.
- **Nieva Fenoll, Jordi. 2010.** La Valoración de la Prueba. Madrid : Marcial Pons, 2010. ISBN: 978-84-9768-757-7.
- **Nikon. 2014.** Manual del Usuario, cámara digital Nikon D300s. [En línea] 04 de Septiembre de 2014. http://www.nikonusa.com/pdf/manuals/dslr/D300S_ES.pdf.

- **OLAF. 2014.** INFORMACIÓN SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS DE INFORMÁTICA FORENSE DE LA OLAF. [En línea] 04 de Septiembre de 2014. http://ec.europa.eu/anti_fraud/documents/forensics-leaflet/external_es.pdf.
- **OMPI.** Convenio OMPI de Derechos de Autor de 1996. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] http://www.wipo.int/treaties/es/text.jsp?file_id=295167#P105_13323.
- **Ovalle, Francisco. 2014.** Conocido fotógrafo español muere en accidente de tránsito en Limache. Radio Biobio. [En línea] 24 de Junio de 2014. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.biobiochile.cl/2014/06/24/en-valparaiso-murio-conocido-fotografo-espanol.shtml>.
- **Real Academia de la Lengua Española. 2001.** Diccionario de la RAE. [En línea] 2001. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] www.rae.es.
- **Schuster, Santiago. 2012.** Burrow-Giles v. Sarony, apuntes de clases, resumen sentencia. [En línea] 28 de Agosto de 2012. [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D127C0516/2/material_docente/objeto/640335.
- —. Diapositivas curso “Propiedad Intelectual y derechos de autor”. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] https://www.u-cursos.cl/derecho/2012/2/D127C0516/2/material_docente/bajar?id_material=640328.
- **Sontag, Susan. 2006.** Sobre la fotografía. México : Santillana Ediciones (Alfaguara), 2006.
- **Terrasa, Eduardo. 2013.** Cargas Probatorias Dinámicas. Lima : Editorial EGACAL, 2013. ISBN:: 978-612-302-938-8.
- **Trivelli Gonzalez, María Paz.** El Principio de Neutralidad Tecnológica en la Ley 19.799. [En línea] [Citado el: 04 de Septiembre de 2014.] <http://www.derechoinformatico.uchile.cl/index.php/RCHDI/article/viewFile/10675/10953>.
- Victor Salas con Agencia EFE S.A. ROL C-16669-2012, s.l. : 12° Juzgado Civil de Santiago.
- **Zamora, Alena. 2012.** Entrevista realizada en el contexto de esta investigación. 26 de Noviembre de 2012.