



Artículo Original

Recibido para publicación: octubre 20 de 2010
Aceptado para publicación: noviembre 15 de 2010

EXPERIENCIAS Y ALTERNATIVAS DE PROTECCIÓN JURÍDICA AL SOFTWARE QUE HAN PROMOVIDO ALGUNOS PAÍSES QUE PUEDEN SER APLICABLES Y/O COMPATIBLES CON LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN COLOMBIA

Ana María Ortega Gómez¹

Correspondencia: Ortega – Gómez, Ana María en: ana.ortega@curvirtual.edu.co

CvIac

http://201.234.78.173:8081/cvIac/visualizador/generarCurrículoCv.do?cod_rh=0000518441

RESUMEN

Quienes diseñan programas de software computacionales requieren protección jurídica para su obra, pero lastimosamente el derecho no responde con la misma velocidad que esta era tecnológica impone, quedándose éste en algunas ocasiones rezagado frente a las consecuencias de un mundo globalizado.

En Colombia, se protege el software a través de los derechos de autor, al igual que otros países. En otras partes del mundo se protege a través de las patentes (propiedad industrial).

La propiedad intelectual que se protege a través de los derechos de autor comprende tanto los derechos patrimoniales, como los derechos morales. Estos derechos de

¹ Abogada. Especialista en Derecho Procesal. Candidata a Magíster en Educación de la Universidad Simón Bolívar. Economista. Especialista en Dirección de Instituciones Financieras y Solidarias. Docente en Programa de Derecho Barranquilla de la Corporación Universitaria Rafael Núñez y en la Universidad Simón Bolívar.

autor protegen la concreción, expresión y materialización de las ideas, que para el caso de esta investigación recae sobre el software, desde su creación.

Las patentes conceden al inventor la explotación exclusiva, durante cierto lapso de tiempo, a partir del reconocimiento estatal, que una vez cumplido, otorga a todas las personas el poder de utilizarlo sin ninguna restricción.

Palabras Claves

Autor, derechos de autor, derechos morales, derechos patrimoniales, obra, programa de ordenador (software)

ABSTRACT

Who design computer software programs require legal protection for their work, but unfortunately the law does not respond with the same speed as this technological age requires, staying sometimes behind it against the consequences of a globalized world.

In Colombia, the software is protected by copyright, like other countries. In other parts of the world are protected by patents (intellectual property).

The intellectual property is protected by copyright comprises both economic rights and moral rights. This copyright protects the realization, expression and embodiment of ideas, which in the case of this research lies with the software, since its inception.

Patents grant an inventor the exclusive use for a certain period of time from state recognition, which once completed, gives everyone the power to use it without any restrictions.

Keywords

Author, copyright, moral rights, rights, work, computer program (software)

INTRODUCCION

Por su particular naturaleza (intelectual, moral y económica), el software es renuente a dejarse encuadrar en las clásicas categorías jurídicas existentes. Por ello, la búsqueda de un régimen de derecho idóneo no ha sido fácil y aún hoy en día las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales no son unánimes al respecto.

Así, algunos han sostenido que el programa debe ser regulado a través del derecho de patentes; otros, aseveran que el régimen idóneo para tutelar a los programas de computación es el propio del Derecho de autor. Finalmente, un sector considera que es menester crear un nuevo ordenamiento jurídico, que atienda y prevea las particularidades que caracterizan al software.

1. TEORIAS ACERCA DEL TIPO DE PROTECCION

1.1. Distintos medios de protección del software en general.

Tal como se expresó anteriormente Carlos M. Correa, Hilda M Batto, Susana Czar De Zalduendo & Feliz Nazar Espeche (1994) “la singularidad del bien jurídico a proteger provocó que la doctrina y el derecho comparado señalaran una multiplicidad de posibles medios de tutela”.

Sin intentar un análisis exhaustivo de las modalidades de protección propuestas, se mencionara los sistemas mayormente propugnados, puntualizando los beneficios que cada de ellos uno ofrece y las diversas críticas u objeciones que se han formulado a su respecto.

1.1.1 Derecho de patentes

En palabras del Dr Metke (2002) “La Patente es la concesión que otorga el Estado a un inventor para explotar exclusivamente una invención, previo cumplimiento de

los requisitos legales, durante un plazo determinado, al cabo del cual pasa a ser del dominio público”

La protección de una patente significa que la invención no puede ser confeccionada, utilizada, distribuida o vendida comercialmente sin el consentimiento del titular de la patente. El cumplimiento de los derechos de patente normalmente se hace respetar en los tribunales que, en la mayoría de los sistemas, tienen la potestad de sancionar las infracciones a la patente. De acuerdo con Lastre Otero (2001) (La invención es “Una regla para el obrar humano que contiene la solución a un problema técnico hasta entonces no resuelto o resuelto de manera insatisfactoria”

1.1.2. Derechos de Autor

Los derechos de autor protegen dos tipos de derechos: los patrimoniales y los morales.

Los derechos patrimoniales son facultades de orden económico y pecuniario que le permiten al autor disponer libremente de su derecho y lograr un beneficio material mediante la ejecución de éste y comprenden el derecho de reproducción, el derecho de comunicación pública, el derecho de transformación y el derecho de distribución.

Los derechos morales hacen referencia a aquel derecho que nace con la obra misma, ellos son extra patrimoniales, inalienables, irrenunciables y, en principio, de duración ilimitada, pues están destinados a proteger los intereses intelectuales del autor y respecto de ellos el Estado concreta su acción, garantizando el derecho que le asiste al titular de divulgar su obra o mantenerla en la esfera de su intimidad, de reivindicar el reconocimiento de su paternidad intelectual sobre la

misma, de exigir respeto a la integridad de su obra y de retractarse o arrepentirse de su contenido.

1.1.2.1. Características de los Derechos Morales

Los derechos morales se caracterizan por ser:

- Extra patrimoniales, debido a que no es susceptible de ser apreciado en dinero, aunque esto no implica que su violación, vulneración o afectación, bien sea por incumplimiento contractual o por hechos constitutivos de responsabilidad extracontractual no sea susceptible de reparación o indemnización pecuniaria
- Inalienables e irrenunciable, en tanto no es susceptible de transferencia por acto entre vivos a ningún título, ni transmisible por causa de muerte; también es imprescriptible porque está fuera del comercio.
- Integrales ya que se opone a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o causen perjuicio a su honor o a su reputación, o la obra se demerite, y a pedir reparación por éstos. De acuerdo con Rodrigo Martínez & Elsa Robayo (2006) *“el derecho moral a la integridad tiene por objeto la protección de la obra en la misma forma y sustancia elegida por el autor, incluso después de haberla vendido o de haber autorizado su explotación, exhibición pública o custodia”*. A este respecto, puede decirse que la violación al derecho de integridad puede provenir, bien sea porque se afecte o deteriore el soporte físico de la obra, o bien porque materialmente se altere o modifique el contenido de la misma. Sólo lo puede modificar el titular del derecho bien sea antes o después de su publicación. Así como también tiene derecho a retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada. El derecho de retractación consiste en la facultad de retirarla de la circulación o suspender cualquier

forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada “cuando ya no se ajuste más a sus convicciones intelectuales o morales”² previa indemnización de daños a los titulares del derecho de explotación.

1.1.2.2. Duración del Derecho Moral

El artículo 11 de la Decisión Andina 351 preceptúa que a la muerte del autor, el ejercicio de los derechos morales corresponderá a sus derechohabientes, por el plazo de duración de los derechos patrimoniales. Una vez extinguido el derecho patrimonial, el Estado u otras instituciones designadas, asumirán la defensa de la paternidad del autor y de la integridad de su obra.

A su vez, la Ley 2 de 1982 (Derecho de Autor colombiana) ordena que a la muerte del autor corresponda a su cónyuge y herederos consanguíneos el ejercicio de los derechos de paternidad e integridad. Y posteriormente complementa diciendo que la defensa de la paternidad, integridad y autenticidad de las obras que hayan pasado al dominio público estará a cargo del Instituto Colombiano de Cultura cuando tales obras no tengan titulares o causahabientes que puedan defender o tutelar estos derechos morales

Este es el régimen jurídico que ha adoptado -de modo ampliamente mayoritario- el derecho comparado y prácticamente no encuentra resistencias en el panorama mundial.

Ha sido también la vía de tutela jurídica adoptada por los países signatarios del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADIPC), conocidos como ATRIPS, celebrados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT.

La preferencia por este sistema de protección se justifica en diversas razones. Por un lado, se evita la dispersión legal por la creación de nuevos instrumentos jurídicos, eludiéndose la inseguridad jurídica que provoca la introducción de nuevas normas hasta tanto se defina el sentido y alcance de las mismas.

Igualmente, se garantiza la aplicación de un ordenamiento legal conocido. Las leyes y principios del copyright son bien conocidas a escala mundial.

Por otro lado, se asegura la tutela internacional del programa ya que estará amparado tanto por la Convención de Berna. En efecto, conforme al Convenio de Berna toda obra creada en un país es susceptible de recibir automáticamente idéntica protección en casi todos los países del mundo.

Finalmente, se da acabada protección a la forma o manifestación de la idea expresada en el programa tutelado, y no se monopoliza el fondo de la misma, el cual -como se adelantara- es patrimonio de toda la humanidad y por tanto su titularidad no puede ser otorgada con exclusividad a una persona.

1.1.3. Principales Diferencias entre la protección a través de Patentes y la protección a través del Derecho de Autor

- La patente nace con el reconocimiento estatal.
- Para otorgarla se debe verificar el cumplimiento de requisitos técnicos.
- Su protección es territorial.
- Límite de duración en el tiempo.
- Limite en cuanto a la invención reclamada.
- Derechos morales Mínimos.

La decisión 486 CAN, en su artículo 14 establece que “Los Países Miembros otorgarán patentes para las invenciones, sean de producto o de procedimiento, en

todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, tengan nivel inventivo y sean susceptibles de aplicación industrial”.

Según el Dr Luis Carlos Plata (2009) La Patente de Producto es “aquella cuyo resultado está constituido por un objeto de carácter material. Puede consistir en una sustancia (combinación de elementos), o por una máquina, un aparato, o una parte de los mismos”.

La patente de Procedimiento se da cuando su objeto verse sobre un modo de obrar constituido por una serie de operaciones o actuaciones para obtener un resultado.

No se consideran Inventiones

- a) Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos
- b) El todo o parte de seres vivos tal como se encuentran en la naturaleza, los procesos biológicos naturales, el material biológico existente en la naturaleza o aquel que pueda ser aislado, inclusive genoma o germoplasma de cualquier ser vivo natural
- c) Las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor
- d) Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, juegos o actividades económico-comerciales
- e) Los programas de ordenadores o el soporte lógico, como tales
- f) Las formas de presentar información.

Desde un inicio el planteamiento no ha sido visto con buenos ojos para proteger inventos relacionados con el software, ya que los programas de computación no presentan -al menos en principio las condiciones que el derecho de patentes exige como requisitos necesarios para la protección de un bien.

Se hace referencia a las tres clásicas condiciones exigidas para el otorgamiento de una patente de invención, a saber:

- a) Novedad
- b) Nivel inventivo y
- c) Aplicabilidad industrial.

Un programa de computación no cumple de un modo completo con los requisitos mencionados. La novedad en materia de patentes significa una solución a un problema específico que no haya sido anteriormente conocida, e -indudablemente- no puede garantizarse que el método o esquema mental que caracteriza al software no haya sido antes imaginado por otro sujeto.

Por otro lado, el nivel inventivo impone que la solución otorgada a un problema específico no implique sólo la unión de ideas o métodos ya contenidas en el estado de la técnica, y el software se caracteriza por ser justamente eso, la combinación de operaciones mentales ya conocidas y manejadas en el mundo de la técnica. Finalmente, en la mayoría de los casos, los programas de computación no cumplen con la condición de aplicabilidad industrial ya que -generalmente- no aportan una solución a un problema de naturaleza técnica. Así las cosas en el código de comercio, en su artículo 3129 decisión 486 del 2000 artículo 15, establece en el literal e que: “los programas de ordenadores o el soporte lógico como tales”; y anteriormente en el literal c plantea que no serán patentes: “las obras literarias y artísticas o cualquier obra protegida por el derecho de autor”³

Por esto la patente de invención tiende a tutelar productos y procesos, más nunca teorías.

³ Ver decisión 486 del 2000

Desde esta perspectiva también se presenta una importante objeción en orden a tutelar al software por el régimen de patentes. Es que el programa de computación se elabora basándose en un algoritmo, el cual en esencia es una mera elaboración intelectual matemática y que -por tanto- pertenece al ámbito de las ideas de la humanidad.

No obstante lo expuesto, corresponde señalar que actualmente se asiste a una tendencia mundial que propugna la posibilidad de admitir -al menos en algunos casos- la patentabilidad del software.

Quizás por la presión ejercida por las grandes multinacionales dedicadas a la programación y comercialización de software se ha entendido que ésta es la modalidad idónea para la protección jurídica a los programas de computación ya que confiere un monopolio de explotación y habilita al invento a oponerse a que otros sujetos no autorizados exploten su invención.

2. SISTEMA PROPIO O "SUI GENERIS"

Este sistema es un esquema teórico que no se ha visto plasmado en la realidad. Numerosos proyectos han sido elaborados en distintos países y en organismos internacionales tendientes a imponer un sistema de protección de los derechos intelectuales de los creadores de programas de computación distinta al Régimen de Patentes y al del Derecho de Autor que contemple las particularísimas características que presentan los programas. Sin embargo, estos proyectos no han recibido hasta la fecha consagración legislativa.

En el terreno de las regulaciones "sui generis" existe un significativo aporte materializado en las "Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico" preparadas por la Oficina Internacional de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

Estas disposiciones fueron elaboradas por la citada Oficina luego de efectuar numerosas consultas con expertos gubernamentales y privados de los distintos países que adhirieron al proyecto, entre ellos Colombia, y consisten en una serie de normas elaboradas específicamente para lograr una eficaz protección de los derechos intelectuales de los creadores de software. Se busca crear un sistema de protección que difiera de los dos sistemas tradicionales, los que se encuentran destinados no sólo a la protección de los derechos intelectuales de los creadores de programas de computación sino también de las obras científicas, artísticas y literarias (régimen del Derecho de Autor) y de los inventos patentables (Régimen de patentes). Se busca elaborar un régimen propio destinado exclusivamente a brindar resguardo jurídico a los programas través de una normativa específica que contemple aquellas características propias de los programas y que no se encuentran presentes en las otras obras que son objeto de protección por aquellos sistemas.

REFERENCIA

BERNAL, Cesar A. (2006) Metodología de la investigación. Segunda edición. Editorial PEARSON educación. México Pág. 57.

CARBALLAR, José A., "SOFTWARE Y HARDWARE DE SU PC: CONFIGURACIÓN, ACTUALIZACIÓN Y MANTENIMIENTO", España, Ed. Ra-Ma.

CÓDIGO Civil Colombiano, recuperado en lá pagina web

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_civil.html

CÓDIGO de Comercio DECRETO 410 DE 1971, (marzo 27), Diario Oficial No. 33.339 del 16 de junio de 1971. Por el cual se expide el Código de Comercio, Recuperado en la página web

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_comercio.html

CÓDIGO Penal Colombiano, **LEY 599 DE 2000**, (Julio 24), Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000. Recuperado en la Página web http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html

CONSTITUCIÓN Política segunda edición corregida de la Constitución Política de Colombia, publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991 recuperado en la página web http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/cp/constitucion_politica_1991.html

GAVIRIA, Vicente; BARRETO Hernandez; y otros. (2006) Lecciones de derecho penal. Universidad externado de Colombia.

MARTINEZ, Rod y ROBAYO, Elsa. (2006) Lo que usted debe saber sobre el derecho de autor. Universidad de la Sabana.

PLATA, Luis Carlos. (2009) Curso propiedad intelectual, derechos, deberes y otras oportunidades. Universidad del Norte.

RENGIFO García, Ernesto. (1997) "Propiedad intelectual, el moderno derecho de autor". Bogotá D.C., Edic. Univ. Externado de Colombia, segunda edic.

RIVEROS Lara, Juan Pablo. (1995) "Derecho de autor en Colombia". Bogotá D.C., Edit. Hojas e Ideas.

RIOS RUIZ, Wilson Rafael. La propiedad intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones (TICs)

