



INSTITUTO MEXICANO DE LA
PROPIEDAD INDUSTRIAL



ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL



INSTITUTO NACIONAL DEL
DERECHO DE AUTOR

REUNIÓN REGIONAL DE DIRECTORES DE OFICINAS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DE OFICINAS DE DERECHO DE AUTOR DE AMÉRICA LATINA

organizado por
la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)
en cooperación con
el Instituto Mexicano de Propiedad Industrial (IMPI),
y
el Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDAUTOR) de México
Guadalajara (México), 23 a 25 de marzo de 2004

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROTECCIÓN DEL
SOFTWARE. EL SOFTWARE LIBRE: SIGNIFICADO, DESAFÍOS Y
OPORTUNIDADES. ¿ES UNA ALTERNATIVA VIABLE COMO
HERRAMIENTA DE APOYO A LOS DESARROLLOS INFORMÁTICOS
DE LAS OFICINAS DE PROPIEDAD INTELECTUAL?

Documento preparado por el Sr. Esteban Argudo Carpio, Director Nacional de Derecho de Autor y Derechos Conexos, Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI), Quito

LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROTECCIÓN DEL SOFTWARE

A. Software y derecho de autor: breves antecedentes

1. La forma de protección más adecuada para el programa de ordenador o *software* fue una de las cuestiones más debatidas en el ámbito de la propiedad intelectual. Desde su creación y por más de dos décadas, se discutió sobre la posibilidad de asignar al *software* un sistema de protección *sui generis* que sugería, en unos casos, fórmulas próximas al derecho de autor y, en otros, similares al derecho de patentes. Sin embargo, también se pensó que la adecuación de un sistema de protección existente, como el derecho de autor o las patentes, sería más conveniente a un sistema de protección especial y nuevo, que difícilmente habría conseguido una aceptación internacional extendida.¹

2. La aplicación de los criterios objetivos de novedad y nivel inventivo exigidos para las invenciones patentables provocó el temor razonable de que la mayor parte de los programas de ordenador corrían el riesgo de quedar desprovistos de protección legal. Por esta razón la asimilación de estos programas a las obras literarias protegidas por el Convenio de Berna, fue una solución aceptada internacionalmente.² No obstante, es justo señalar que buena parte de la doctrina jurídica ha cuestionado el carácter apropiado de la protección del derecho de autor a una creación funcional como el software y, lo que es peor, a considerarlo como una obra literaria.

3. La consideración como obra literaria en el sentido del derecho de autor, se sustenta en que el *software* se expresa en código fuente y se reproduce a partir del código objeto, en un lenguaje natural creado artificialmente por el hombre para una comunicación especializada.³

4. Las ventajas de la referida asimilación han sido evidentes, partiendo principalmente del beneficio que supone la aplicación de los niveles de protección mínima que confiere a las obras el Convenio de Berna a escala internacional. Esto implica, entre otras cosas, la dotación de un plazo de protección mayor que en otras ramas de la propiedad intelectual, la protección sin subordinación al cumplimiento de formalidades, etcétera. Sin embargo, quedó el vacío de la falta de una referencia expresa en el texto y el tratamiento de aspectos que deberían considerarse específicamente teniendo en cuenta las particularidades del programa de ordenador.

¹ Ver: Sherwood, Robert M: “*Propiedad Intelectual y Desarrollo Económico*”. Editorial Heliasta S.R.I. Buenos Aires, 1990, ps. 52 y 53.

² Para justificar esta equiparación se dice que el software no es otra cosa que un texto escrito en un lenguaje especial mucho más sencillo que el utilizado cotidianamente por nosotros los humanos, “... similar a la escritura de un libro o de una sinfonía”* (Robert Sherwood, Opus cit. Pg. 53)*

³ Ver: Antequera Parilli, Ricardo: *Derecho de Autor*. Servicio Autónomo de la Propiedad Intelectual. Caracas, 1998, pg. 301.

5. En la actualidad, existe una corriente favorable a la patentabilidad del *software*, no en sí mismo, "... sino más bien la combinación de ciertos elementos técnicos (sean materiales o inmateriales) que implican o dan como resultado un avance tecnológico (invención).⁴ Esta posición se apoya en la jurisprudencia, sobre todo de los Tribunales norteamericanos. La Dirección General para el Mercado Interno de la Comisión Europea, publicó en el mes de febrero del 2002, una propuesta de Directiva Europea sobre la patentabilidad del *software*, que permitiría patentar "programas producto", que de hecho suponen patentar técnicas innovadoras que se implementen con el programa de ordenador.⁵

El software en el Acuerdo sobre los ADPIC

6. El Acuerdo sobre los ADPIC, ratificó la solución que adoptó al derecho de autor como el sistema de protección más conveniente para los programas de ordenador y que esa protección debía ser la misma que la prevista en el Convenio de Berna para las obras literarias, cuestión que, por otra parte, a la época de negociación del tratado ya se había introducido en diversas legislaciones nacionales y, además, reconocido en la jurisprudencia.⁶

7. En una breve fórmula –que confirma lo expresado–, el párrafo primero, del Art. 10, señala que los programas de ordenador, sean programas fuente como programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971).

8. La disposición citada, aclara que el programa de ordenador se protege tanto en su forma legible por el hombre (programa fuente) como en aquella legible únicamente por la máquina (programa objeto), sin hacer mención alguna a los casos en que los programas se encuentran incorporados en los propios dispositivos microelectrónicas, supuesto en el que de todas maneras el programa se expresa en forma magnética.⁷

9. Se ha criticado, entre otras cosas, que el Acuerdo no incorpore ninguna disposición específica en relación con la ingeniería inversa "... uno de los temas más controvertidos en este campo, en el que se advierte un cambio en la tendencia de la jurisprudencia de los Estados Unidos a favor de una aceptación de aquella".⁸

10. En el artículo 11 del Acuerdo, se introduce "...al menos respecto de los programas de ordenador y las obras cinematográficas", el derecho exclusivo de arrendamiento comercial al público de los originales o copias de estas obras. En el caso específico del *software*, no se aplica este derecho si el objeto principal del arrendamiento no es el programa en sí.

⁴ Erdozain, José Carlos: "*Derechos de Autor y Propiedad Intelectual en Internet*". Editorial Tecnos. Madrid, 2002, pg. 187.

⁵ Ver: <http://proinnova.hispalinux.es/infopaquetes/directiva-pastw/>

⁶ Ver: Bercovitz, Alberto: "*El derecho de autor en el Acuerdo TRIPS*", en "*Propiedad Intelectual en el GATT*". Edt. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2.000, pg. 30.

⁷ Correa, Carlos: "*Acuerdo TRIPS*". Edt. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pg. 60.

⁸ Idem, pg. 61.

El software en el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT)

11. El Tratado de la OMPI sobre derecho de Autor (WCT) junto con el Tratado de la OMPI sobre la Interpretación o Ejecución y Fonogramas, son los llamados “tratados Internet”, porque surgieron de la necesidad de actualizar los derechos de los autores, artistas intérpretes o ejecutantes y los productores de fonogramas, en la sociedad de la información. Los dos instrumentos surgieron de la Conferencia Diplomática convocada por la OMPI en diciembre del año 1996. Como actualización y complementación del Convenio de Berna, el WCT entró en vigor el 6 de marzo de 2002.

12. En el artículo 4 del WCT, se repite la aclaración ya contenida en el Acuerdo sobre los ADPIC en relación con la protección de los programas de ordenador y las bases de datos, con algunas modificaciones de redacción. Esto es que están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Art. 2 del Convenio de Berna y que dicha protección se aplica “...cualquiera que sea su modo o forma de expresión”.⁹

13. En el artículo 7 del WCT, se incluye el derecho exclusivo de alquiler para las mismas categorías de obras y en iguales condiciones que en el Acuerdo sobre los ADPIC, entre éstas, los programas de ordenador (con la misma excepción: cuando el programa propiamente dicho no sea el objeto esencial del alquiler).

La protección de los programas de ordenador en las legislaciones nacionales

14. De manera predominante, las legislaciones nacionales protegen al software como obra literaria, particularidad que ha tenido como objeto –se señaló antes– la inclusión de esta producción bajo el Convenio de Berna a fin de conseguir su protección internacional.

15. No obstante, las diferencias fundamentales que presenta la protección del software con aquella establecida para las obras literarias en general, ha motivado que los legisladores nacionales expidan disposiciones especiales, que apoyan la apreciación de que por su configuración diferente, los programas de ordenador constituyen un nuevo tipo de obra protegida por el derecho de autor.

16. Como una muestra de lo afirmado, la Ley de Propiedad Intelectual ecuatoriana, dedica un párrafo de disposiciones especiales a los programas de ordenador, dirigidas en lo principal a ampliar los niveles de protección determinados en los convenios internacionales.

17. El Artículo 28 de la ley citada, señala que la protección al *software* se otorga con independencia de su incorporación a un ordenador, cualquiera que sea la forma en que se encuentre expresado, ya sea en código fuente o código objeto, ya sean programas operativos y programas aplicativos y que esta protección se extiende para toda la documentación técnica de respaldo, como son los diagramas de flujo, planos, manuales de uso y en general todos aquellos elementos que conforman la estructura y secuencia del programa.

⁹ El texto entrecomillas destaca la variación con respecto de la redacción del Art. 10.1 del Acuerdo sobre los ADPIC.

B. El software libre: significado, ventajas y desventajas derivadas de su utilización¹⁰

18. Los términos *software libre* (“*free software*”) y *software* de fuentes abiertas (“*open source software*”), son utilizados por los partidarios de este movimiento, en contraposición a la denominación *software* propietario asignado a los programas de uso restringido o autorizado.

19. De manera general estos términos se relacionan con el modelo de desarrollo y distribución del *software* creado cooperativamente, cuyos códigos del sistema o cada uno de los programas, en lugar de constituir secretos celosamente guardados son puestos a disposición de los usuarios.

20. Específicamente, la expresión “*software libre* se refiere a la libertad de los usuarios para ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el *software*. De modo más preciso, se refiere a cuatro libertades de los usuarios del *software*:

- ejecutar el programa para cualquier propósito;
- estudiar el funcionamiento del programa para adaptarlo a cualquier necesidad;
- redistribuir copias; y
- mejorar el programa y poner las mejoras a disposición del público.

21. La libertad para usar un programa significa la posibilidad que tienen todas las personas u organizaciones de usarlo en cualquier tipo de sistema informático y realizar la clase de trabajo que fuere, sin la obligación de comunicar al desarrollador o algún titular específico.

22. Se atribuye la libertad de hacer modificaciones y utilizarlas de manera privada en el trabajo u ocio, sin la obligación de anunciar los cambios ni el requerimiento de una autorización en particular.

23. El usuario tiene la libertad de distribuir copias, sea con o sin modificaciones. Esto incluye, tanto las formas binarias o ejecutables del programa como su código fuente, sean versiones modificadas o sin modificar (distribuir programas de modo ejecutable es necesario para que los sistemas operativos libres sean fáciles de instalar).

24. Para que el ejercicio de las libertades de realizar modificaciones y publicar versiones mejoradas del programa tengan sentido, se tendrá acceso al código fuente del programa. Por lo tanto, el acceso al código fuente es una condición necesaria para el “*software libre*”.

25. Bajo este esquema están desarrollados tanto *Linux* como la mayor parte de programas que con él podemos correr, así como otros sistemas operativos. Las aplicaciones más famosas del *software libre*, entre otras, son:

- el sistema operativo *Linux*
- el servidor de web *Apache*
- el manejador de bases de datos objeto-relacional *PostgreSQL*

¹⁰ Una gran parte de la información que consta en esta parte del documento, fue obtenida de páginas web como: <http://manifiesto.cofradía.org/libre.html> y <http://manifiesto.cofradía.org/comparativo.html>

- el navegador Mozilla
- la *suite* de aplicaciones de escritorio *OpenOffice*
- el servidor de correo *Sendmail*

Ventajas y desventajas de utilizar el *software libre*

26. Las ventajas y desventajas más comunes que se enuncian con relación a la utilización del *software libre*, son las que se resumen a continuación. Así entre las ventajas:

- todo el mundo puede usarlo o correr el programa con cualquier propósito;
- todos pueden acceder a su diseño y aprender de él;
- todos tienen derecho a modificarlo, rediseñarlo, utilizar la ingeniería de reversa
- no tiene un costo asociado; y
- es de libre distribución.

27. Entre las desventajas, tenemos las siguientes:

- la curva de aprendizaje es mayor;
- el *software libre* no tiene garantía del autor y se necesitarán recursos para reparar las erratas;
- no existe una compañía única que respaldará toda la tecnología;
- los interfaces amigables con el usuario y la multimedia apenas se están estabilizando; y
- la mayoría de configuración de hardware no es intuitiva y se requieren conocimientos previos.¹¹

Oportunidades y desafíos frente al *software libre*

28. En la sociedad actual, una de las principales herramientas para el desarrollo económico es la utilización adecuada de la tecnología, que entre otras ventajas, facilita la rápida generación, transferencia e intercambio de información, factor fundamental para asumir decisiones en el entorno de una sociedad global altamente competitiva.

29. La inversión estable en investigación y tecnología no ha sido la prioridad de los gobiernos latinoamericanos, situación que en parte es comprensible en razón de los altos costes que estas actividades demandan, de las presiones que sufren para el pago de su deuda externa, además de aquellas reivindicaciones provenientes de su propia población para que se atiendan áreas tan sensibles como salud, vivienda y educación.

30. Para muchas personas que se ocupan del tema, la posibilidad de la utilización del *software libre* abre nuevas oportunidades para los países latinoamericanos y en general para todos aquellos en vías de desarrollo. Así, a manera de muestra y por ser más obvias, se mencionan en síntesis las siguientes:

- Permite a las naciones acceder a tecnología de primer nivel
- Están al alcance de individuos y organizaciones como herramientas de trabajo para los estudios y negocios

¹¹ Ver: <http://manifiesto.cofradía.org/libre.html>

- Significa para el Estado ahorros millonarios en la adquisición de licencias
- Eliminación de las barreras presupuestarias
- Desarrollo tecnológico para los países, al acceder al diseño de los programas se puede aprender de estos La intención es precisamente esa, que la independencia y autonomía no pueda depender de terceros
- Las aplicaciones son fácilmente auditadas.

31. El desafío que representa la presencia del software libre, se plantea desde una doble perspectiva, así:

- a) Como individuos, nos proporciona la opción de decidir libremente si lo queremos utilizar o escoger el *software* pagado, conociendo las ventajas y desventajas que esto supone; y
- b) Desde los gobiernos, estos tienen la obligación de escoger la opción que sea mejor para el interés de su país, a sabiendas de que hace unos pocos años atrás el software libre no era una opción viable y hoy es una realidad.¹²

32. En fin, en este punto para los individuos y para los gobiernos el uso del *software libre* o pagado es una cuestión de valoración de sus propias prioridades.

Software libre y Oficinas de Propiedad Intelectual

33. El uso del software libre en las Oficinas de Propiedad Intelectual y su valor como herramienta de apoyo a los desarrollos informáticos de estas entidades, es un tema que podría limitarse a ser analizado dentro del marco general de valoración de las ventajas y desventajas técnicas y económicas que su uso representaría –ya fueron enunciadas– y que son iguales tanto para los particulares como para los Estados.

34. La conveniencia o inconveniencia de utilizar el software libre en las Oficinas de Propiedad Intelectual, podría rebasar el plano puramente técnico o económico y entrar en otros ámbitos. La aceptación o negativa de su uso en estas oficinas, podría correr el riesgo de interpretarse como la adopción de una posición frente a un movimiento (“*free software*” “*open source software*”) que en sus postulados cuestiona el sistema de protección de la propiedad intelectual.

35. Por otra parte, en el desarrollo de esta presentación del tema y posiblemente por el hecho de ser mi primera aproximación a los fundamentos del llamado software libre, me surgieron más dudas que respuestas sobre la posible colisión en las condiciones en que se ofrece el software libre con las instituciones que integran el derecho de autor, así: ¿Cuál es la situación del derecho moral del autor en el entorno del software libre? ¿Qué ocurre con la titularidad del derecho patrimonial si se desarrolla el llamado software propietario sobre la base libre del sistema GNU/Linux? y ¿resultaría una obra derivada el *software* así desarrollado?

[Fin del documento]

¹² Ver: <http://manifiesto.cofradía.org/introducción>