

ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN LAS MODERNAS LEGISLACIONES. TENDENCIAS ACTUALES

Por Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli

RESUMEN

Las tecnologías digitales permiten la transmisión y utilización de todos los materiales protegidos por el derecho de autor y los derechos conexos en redes interactivas. La transmisión de textos, sonidos, imágenes y programas informáticos por Internet se ha convertido en moneda corriente, eliminando las barreras del espacio y el tiempo, facilitando una comunicación ubicua y asincrónica. Si no se establecen normas jurídicas apropiadas, la tecnología digital podría utilizarse para socavar los principios básicos del derecho de autor. En consecuencia es necesario un marco jurídico adecuado que establezca una competencia equilibrada que proporcione incentivos a los creadores, artistas intérpretes o ejecutantes y productores locales, que apoye a las industrias de software y aliente la creación de nuevas industrias similares. El presente trabajo tiene por objeto analizar la protección legal del software en la mayoría de las legislaciones internas así como en el ámbito internacional y su eficacia

PALABRAS CLAVE

Software – Hardware - Derecho de Autor – Derecho de Propiedad Intelectual – Patentes y Marcas – Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – Organización Mundial del Comercio

ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS OF THE LEGAL PROTECTION OF THE SOFTWARE IN MODERN LEGISLATIONS. CURRENT TRENDS

By Adriana Norma Martínez y Adriana Margarita Porcelli

ABSTRACT

Digital technologies allows the transmission and use of all materials protected by copyright and related rights in interactive networks. The transmission of text, sounds, images and software over the Internet has become commonplace, removing the barriers of space and time, allowing for ubiquitous and asynchronous communication. If appropriate legal standards are not set, the digital technology could be used to undermine the basic principles of copyright. Therefore a suitable legal framework establishing balanced competition to provide incentives to creators, performers and local producers, to support software industries and encourage the creation of new industries like necessary. This paper aims to detail the legal protection of software in most domestic laws and internationally and analyze their effectiveness

KEY WORDS

Software – Hardware – Copyright - Intellectual Property Rights- Patent and Trademark – World Intellectual Property Organization – World Trade Organization

ANÁLISIS DE LA EFECTIVIDAD DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN LAS MODERNAS LEGISLACIONES. TENDENCIAS ACTUALES

Por Adriana Norma Martínez* y Adriana Margarita Porcelli**

El carácter físico de la economía se reduce. Si la era industrial se caracterizaba por la acumulación de capital y de propiedad física, en la nueva era lo estimable son las formas intangibles de poder que se presentan en paquetes de información y en activos intelectuales.

Rifkin, Jeremy "La Era del Acceso", 2000

1. Introducción

La innovación tecnológica es uno de los factores esenciales para aumentar la productividad que se necesita para alcanzar un crecimiento económico sostenido. La protección jurídica de los resultados de la innovación mediante los distintos títulos de la Propiedad Intelectual, en sentido genérico, constituye un instrumento ampliamente reconocido, y cada día con mayor intensidad, para promover y favorecer las actividades de carácter innovador tanto en las empresas como en los centros de creación de conocimiento. La mayoría de sectores e industrias se han nutrido de este sistema de protección intelectual y a través del

* Abogada, Escribana, Posgraduada en Derecho del Turismo (UBA), Magister en Ambiente Humano (UNLZ). Profesora Adjunta Regular Facultad de Derecho (UBA). Jefa de la División Derecho, Consejera Titular del Consejo Directivo Departamental, Investigadora y Profesora Asociada Ordinaria, Departamento de Ciencias Sociales (UNLu). Directora de proyectos de investigación interdisciplinarios. Profesora de posgrado en diversas universidades nacionales. Profesora visitante de las Universidades Complutense de Madrid y Málaga (España). Abogada (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático. (UBA) y el Posgrado en Derecho Informático certificado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Investigadora y Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Internacional Privado, de Derecho Internacional Público, de Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos y de Legislación Sanitaria, Departamento de Ciencias Sociales. Miembro de las Comisiones de Plan de Estudio de las Carreras Ingeniería Agronómica y Tecnicatura Universitaria en Inspección de Alimentos y del Comité Académico de Bioética. (UNLu.)

** Abogada (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (Universidad Maimónides). Cursando el Programa de Actualización en Derecho Informático. (UBA) y el Posgrado en Derecho Informático certificado por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Investigadora y Profesora Adjunta Ordinaria de Derecho Internacional Privado, de Derecho Internacional Público, de Estudio de la Constitución Nacional y de los Derechos Humanos y de Legislación Sanitaria, Departamento de Ciencias Sociales. Miembro de las Comisiones de Plan de Estudio de las Carreras Ingeniería Agronómica y Tecnicatura Universitaria en Inspección de Alimentos y del Comité Académico de Bioética. (UNLu.)

resguardo de ciertas actividades: las intelectuales, es como se genera un valor económico dentro del mercado, la industria de los commodities y de la sociedad del conocimiento. Por ejemplo, para la economía norteamericana, desde el Siglo XX la propiedad intelectual significó un incremento mayor de intereses por delante de otras industrias como la metalúrgica. También esto dio origen a un nuevo debate en cuanto al régimen impositivo en propiedad intelectual y en industrias como la del software. (RODRÍGUEZ HAUSCHILDT 2007)

Básicamente, la idea es el reconocimiento de la importancia de la propiedad intelectual, admitir que tenemos un conocimiento que debe ser gestionado y que es el que aporta valor a las empresas. Este tipo de situaciones sin una protección adecuada generaría un desequilibrio dentro de los mercados. Además, y tratándose específicamente, de propiedad industrial tiene una incidencia directa en los países que crean un proceso de estimulación de inversiones como por ejemplo el proceso de generación de capital extranjero, el cual tendría mayor relevancia de acuerdo al sistema que se adopte y frente a escenarios de transferencia de tecnología que tienen que ver con conocimientos centrales.

A partir de la Declaración del Milenio de las Naciones Unidas durante la clausura de la Cumbre del Milenio, el 8 de septiembre del 2000, la Organización de las Naciones Unidas identificó que, junto con graves problemas a los que se dedicaría en las sendas cumbres, como el agua, la salud y la pobreza, la humanidad había creado un área de oportunidad: el uso inteligente y apropiado de las tecnologías de información y comunicación, para dar paso a una evolución global hacia la Sociedad de la Información, como una etapa positiva de la misma. (PISANTY BARUCH 2007)

Por consiguiente, esta nueva economía conlleva a la formulación de una nueva caracterización de bienes: “los digitales” “intangibles” que, a diferencia de los bienes materiales tradicionales, se los define como no antagónicos, eso significa que mucha gente puede hacer uso de esos bienes sin que nadie tenga que renunciar a ellos, además de no antagónicos, los bienes digitales son bienes no excluible. Esto último va unido, en forma indisoluble con las nuevas maneras de procesar, almacenar y transferir información y, junto con ello, también se han generado nuevas herramientas en aras de volver eficientes dichos sistemas (GARCÍA BARRERA 2011). Es justo por ello que el software se ha tornado en los últimos años como el pilar para procesar información en menor cantidad de tiempo. En razón a lo anterior, hay un interés colectivo de orden generalizado en que se regule material y formalmente el uso y protección del software, por su gran importancia como invención creativa que ayuda a la eficacia de la comunicación tanto en pequeñas como en grandes escalas.

Antes de ingresar en la problemática planteada, debemos explicar el significado de software. Existen varias definiciones tanto doctrinarias como legales pero todas coinciden en considerarlo como un conjunto organizado de instrucciones en lenguaje natural o codificado, independiente del medio en que se encuentre almacenado cuyo fin es hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico. El programa de computador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso. Conforme la definición del Glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) software es el “conjunto de instrucciones

expresadas mediante palabras, códigos, planes o cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada sea capaz de hacer que un ordenador ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado” (OMPI 1980:54)

Según el Institute of Electrical and Electronics Engineers – IEEE, el software consiste en un programa, datos y documentación, es decir, el software es todo lo intangible y abarca además del programa en sí, los datos o estructuras de datos que el mismo va a utilizar y la documentación asociada

En la práctica podemos distinguir dos tipos de códigos: fuente y objeto. El código fuente es el conjunto de instrucciones de un programa entendibles por el hombre, son instrucciones que se van cumpliendo de manera concatenada para que el programa permita cierta función. Por su parte, el código objeto es la expresión de ese grupo de instrucciones que se le da al programa expresado en código binario, en unos y ceros que solamente es entendible por un computador, es lenguaje máquina porque mientras el código fuente nos permite ver instrucciones y en lenguaje entendible por el humano, el código objeto se expresa como una sucesión de instrucciones que se presentan.

1.1. Historia

El debate sobre la protección legal que merece el software nació en el momento en que se comenzó a distinguir entre el software y el hardware¹. La historia nos retrotrae a 1968, fecha que comúnmente es señalada como la del nacimiento de la industria del software. En ese año, y a instancias de la presión ejercida por acciones antimonopolio encaradas desde el Departamento de Justicia norteamericano y empresas privadas, IBM anunció lo que se conoce como unbundle, es decir, la separación comercial del hardware y del software.

Hasta ese entonces el software no era percibido como un producto independiente del hardware, con entidad y valor propio. No había una industria de productos de software, sino que quienes desarrollaban productos los comercializaban junto con el hardware, y el resto prestaba servicios. El unbundle de IBM puso a los juristas ante la doble dificultad de determinar qué era el software desde un punto de vista jurídico y qué tipo de protección debía serle reconocida.

No obstante, el problema de la protección jurídica del software se había planteado unos años antes en los Estados Unidos, en noviembre de 1961, cuando la empresa North American Aviation presentó para su registro ante la Oficina de Copyright norteamericana (United State Copyright Office) una cinta magnética conteniendo un programa para computadora

Tradicionalmente, no han existido mayores polémicas en lo que se refiere a la protección de los derechos intelectuales de los creadores de componentes del hardware y ello es debido a que las creaciones que se producen en tal terreno se encuentran comprendidas, por regla general, dentro de los llamados "inventos

¹ El Hardware, es un bien tangible, es "el conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora "proviene del inglés "hard", duro, es decir, la parte dura, material y concreta del sistema, son los componentes o dispositivos físicos, es todo lo que se puede ver y tocar

patentables". En cambio, la situación es mucho menos clara en lo que respecta a la protección jurídica de los derechos intelectuales de los creadores de programación. (DAVARA RODRÍGUEZ 1993)

En el derecho comparado, se han postulado principalmente tres sistemas distintos para brindar tal protección:

- patentes de invención,
- derechos de autor y
- un sistema propio o "sui generis".

Ninguno de estos tres sistemas ha sido descartado hasta la fecha, subsistiendo la triple alternativa. Sin embargo, cabe aclarar que la mayoría de la doctrina se inclinó por la protección de los derechos intelectuales de los creadores de software bajo el régimen legal del Derecho de Autor y esta preferencia se ha visto plasmada en la mayoría de las legislaciones vigentes en aquellos países en los que se ha brindado resguardo legal a tal creación del intelecto, sin embargo es en los Estados Unidos de Norteamérica, impulsor de la protección bajo sistema de copyright, donde los autores han insistido con más énfasis en la posibilidad de brindar amparo a los derechos intelectuales de los creadores de software a través del Régimen de Patentes

No obstante, es necesario recordar que toda invención, para ser susceptible de atribuirle una patente, requiere ser novedosa, una actividad inventiva, así como una aplicación industrial. De estos elementos, los dos primeros son los que revisten mayor grado de dificultad en función de la complejidad del llamado estado de la técnica con base en la existencia o no de antecedentes, así como que dicha invención resulte o no evidente.

En el caso de los programas de computación se discute en torno a estos asuntos y se evidencia en los términos que no presentan caracteres suficientes como para atribuirle una patente. Lo cierto es que, atendiendo a un criterio rígido, difícilmente podríamos dar cabida a una eventual patentabilidad de los programas, de aquí que se recurra a un análisis a la luz de otras formas de protección bajo reserva de explotación de derechos

1.2. Problemática en la protección del software por el sistema de derechos de autor

En los últimos años, se han levantado voces, desde la industria del software en especial en Estados Unidos y lideradas por Microsoft sobre la insuficiencia del sistema de copyright como mecanismo de protección del software. Algunos de los métodos empleados por dicho país, por ejemplo, la internacionalización de sus leyes federales son cuestionables a la luz del Derecho Internacional Público, técnicas utilizadas debido al gran poder de presión que tiene las empresas organizadas alrededor de la Business Software Alliance, Alianza Comercial del Software, conocida por sus siglas en inglés BSA, compuesta por las empresas Lotus, Microsoft, Ashton-Tate, Wordperfect, Aldus y Autodesk. Alegan que se debería dictar un sistema sui generis ya que el programa de computación no puede ser asimilable a una obra literaria y artística, no migrar totalmente al sistema de patentes sino desarrollar un sistema mixto

basándose en los derechos de autor pero contemplando excepciones en las cuales sería factible, legalmente, patentarla. En este orden de ideas, la Unión Europea está analizando un proyecto de Directiva que excluya de la lista de elementos no patentables a los programas de computación

Los argumentos esgrimidos por buena parte de la doctrina y las empresas de software básicamente se pueden formular de la siguiente manera (CARRANZA TORRES 2008):

a) Los elementos no literales del software: uno de los principios básicos de régimen de derechos de autor o copyright, es que este régimen no protege las ideas sino la forma en la que éstas son expresadas. Este principio tiene expreso reconocimiento legal en todas las leyes del mundo, ya que está consagrado en el artículo 10 inciso 2, ADPIC y en la ley argentina N° 11723

Esto, que en el mundo de las obras científicas, literarias y artísticas no genera mayores inconvenientes, en el caso del software se vuelve problemático porque es posible reescribir el código completo de un programa de computación (que es lo que protege el copyright) , por ejemplo, en otro lenguaje de programación, sin alterar en lo más mínimo la estructura del programa, sin copiar siquiera una línea de código y, por ende, sin violar los derechos del desarrollador del software, como en los casos “Whelan Associates Inc. v. Jaslow”, “Apple Computer Inc v Microsoft Corp”, “Lotus v. Borland”, entre los más resonantes

b) Tiempo de duración de la protección: bajo el régimen de derechos de autor la duración de la protección que se otorga al software es excesiva. En efecto, con el vertiginoso ritmo de renovación de la tecnología darle al software 50 o 70 años de protección es una enormidad, al mantenerlo de esa manera se está impidiendo lisa y llanamente el paso de la creación al dominio público.

La razón de la existencia de la limitación temporal en los derechos de autor es la necesidad de equilibrar el interés público con el privado, dando a la comunidad la posibilidad de beneficiarse con el paso al dominio público de las creaciones intelectuales de sus miembros. (PÉREZ GÓMEZ 2013)

Pero en el caso del software actualmente duran en el mercado uno o dos años y toda la tecnología que contiene sería completamente superada cada cinco años aproximadamente.

c) El carácter eminentemente utilitario del software: la música, una fotografía, una pintura puede ser utilitaria, o meramente artística; con el software no ocurre lo mismo, está lejos de ser potencialmente expresión artística. Los programas fuente son instrucciones, y los programas objeto lo son mucho más. La calidad de un software no se mide por su belleza en cuanto conjunto de instrucciones, sino por la eficacia de sus instrucciones y por la creatividad y expresión de los complejos procesos de conocimiento que incorpora. La industrial de desarrollo de software como hoy se conoce, le quita mucho del carácter artesanal con que se concebía en su tiempo. Ésta es otra de las razones de la ineficacia

d) El registro de software: el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 establece la protección automática de las obras literarias, científicas y artísticas sin que sea necesario para el creador de la obra el cumplimiento de formalidad alguna, como puede ser su registro, de hecho muchos países establecen el requisito del registro a los fines de poder hacer plenamente efectivos los derechos reconocidos por su legislación interna.

Es el caso de nuestra ley N° 11723 que dispone que la falta de registro de la obra suspende el ejercicio de los derechos sobre la misma y de igual manera está dispuesto en el Decreto 165/1994, que regula el registro de software disponiendo, para el caso de depósito de una obra inédita, la solicitud de registro que debe incluir, bajo sobre lacrado y firmado, todas las expresiones de la obra que juzgue convenientes y suficientes para identificar su creación y garantizar la reserva de su información secreta. Bien se ha señalado que estas convenciones internacionales, en nuestro país, tienen jerarquía suprallegal, entonces este argumento no tendría sustento legal, si embargo un buen registro de software requiere de medidas de seguridad y de mantenimiento distintas de las que se necesitan para un registro de papeles; los bits requieren de condiciones ambientales completamente diferentes en cuanto a la intangibilidad de la información

e) El software es secreto: todas las empresas productoras de software saben perfectamente que la única manera de evitar que su código fuente sea difundido, copiado o comercializado deslealmente es mantenerlo en completo secreto, y que la mayoría de las veces, el proceso de desarrollo de software requiere de importantes inversiones por parte de las empresas. Esto evidencia que de alguna manera tienen que protegerse y lo hacen mediante la práctica de comercializar los programas de computación solamente en código objeto y de incluir en sus licencias la prohibición de examinar el código con el fin de obtener información vía ingeniería inversa.

f) Programa fuente y programa objeto: tanto los programas fuente como los programas objeto, son obras científicas, literarias y artísticas pero cumplen funciones completamente distintas, estas diferencias los hacen objetos intelectuales completamente distintos, por lo que no resulta aconsejable dar a ambos, por defecto, el mismo tratamiento. No obstante, a la hora de reconocerles protección legal, desde el punto de vista jurídico, no hay diferencia alguna entre ellos: los dos son formas en las que se expresa un programa de computación y los dos son asimilados a las obras literarias, por ejemplo una novela

g) El software y los derechos morales del autor: la forma industrial de producción de software hace que la persona del codificador sea irrelevante. Cientos de programadores trabajan distintas partes de un programa de computación para obtener el resultado de millones de líneas de código. Un software de esos que cualquier persona emplea hoy en día en su PC jamás podría ser escrito por un sólo ser humano.

Sin embargo, el régimen de derechos de autor tiene especialmente en cuenta la situación de la persona física que escribe el código de que se trata y le otorga derechos que nacen con la propia escritura, es decir, con la propia creación de la obra. Si bien hay sistemas eficaces y presunciones legales de traslación de los derechos patrimoniales de autor desde el desarrollador hacia la empresa que lo contrata, como es el caso de nuestra legislación, no se escapa que el derecho realiza ficciones jurídicas que omiten la consideración de la irrenunciabilidad de los derechos morales.

h) Interfaces, pantallas, ventanas, iconos, etc.: hacer un programa de computación implica actividades muy diversas y que el derecho de autor no da suficiente protección a las diversas etapas para la elaboración del software

Sin embargo, tales críticas, en algunos casos han sido respondidas: por ejemplo que la estética o belleza de la obra no es un elemento del Derecho de autor ya que es principio de éste que se protege la obra en sí misma sin entrar en la consideración de su valor estético o finalidad.

Igualmente, carece de toda trascendencia que la obra no sea susceptible de ser directamente percibida por los sentidos. Un CD o un disquette sólo pueden ser percibidos con la previa lectura de una máquina y no por ello se niega protección a la obra que contienen.

La cuestión de la duración de la protección, aún cuando atendible, no importa la exclusión de este régimen como inválido y basta con que se reduzca el plazo de tutela, sin necesidad de recurrir a un régimen jurídico diverso. En relación a la crítica referida a ausencia de protección de los pasos o procesos de elaboración del software se ha dicho que éstos pueden válidamente ser tutelados por el Derecho de Autor siempre que cada una de las etapas constituya en sí misma una obra. En cuanto al secreto industrial la protección de los programas de computación y el secreto industrial actúa en un terreno diverso, por el secreto industrial se protege la confidencialidad, en cambio en el Derecho de Patentes así como en el Derecho de Autor, lo protegido es la propiedad del titular de la obra, impidiendo su reproducción no autorizada por un tercero

2. La protección del software en el derecho comparado

2.1. Estados Unidos de Norteamérica

La protección jurídica del software no se hizo esperar y comenzó a tener desarrollo en los Estados Unidos, que fue el primer país en incorporar la cuestión a su legislación, aprobando, el 19 de octubre de 1976, el primer texto legal que, ocupándose del problema, lo direccionó hacia los derechos de autor. En 1980, en el marco de una reforma a las leyes de patentes y marcas, el software quedó definitivamente incorporado al Copyright Act Norteamericana, reconociendo la protección del software vía copyright, cuya traducción literal al español es derecho de copia. En consecuencia y a modo de síntesis nos encontramos con dos sistemas jurídicos en cuanto a la protección de los derechos de autor; sistema latino o continental, que protege básicamente los derechos patrimoniales y los derechos morales; y el sistema del common law, contiene al copyright, que es un sistema de protección en países como Gran Bretaña, Estados Unidos de Norteamérica, Australia, Israel, Canadá y otros países de la Commonwealth, cuyos regímenes jurídicos tienen la base en el derecho jurisprudencial, además, el derecho moral ha sido protegido de una manera más limitada, la protección del derecho patrimonial es totalmente regulada, y no abierta al público por disposición expresa del legislador bajo mínimos requisitos y el titular de este derecho en la mayoría de los casos puede ser una empresa editorial o un empresario de la industria cinematográfica, discográfica (NAVARRETE 2006)

En virtud de la aplicación del Copyright Act es que se fueron generando innumerables controversias planteadas y resueltas por los tribunales norteamericanos

En 1982 Apple demandó a Franklin, acusándola de violación de sus derechos de copyright sobre catorce sistemas operativos y solicitando una medida cautelar que restringiera a Franklin el uso, copia y venta de aquellos productos que violaban sus derechos. Apple presentó pruebas contundentes que los programas vendidos por Franklin eran virtualmente idénticos a aquellos catorce protegidos por copyright. Basándose en las reformas introducidas en la Copyright Act en 1976 y 1980, la Corte de Apelaciones concluyó que los programas, como creaciones, se protegen con independencia de la percepción que los seres humanos puedan tener de ellos, la distinción entre sistema operativo y aplicativos no condiciona el hecho de que ambos tipos de software puedan recibir protección. El software, ya sea en código objeto o código fuente, es una "obra artística o literaria", que lo que Apple buscaba no era la protección del método que instruía a la computadora a realizar sus funciones operativas, sino las instrucciones específicas, que los programas de esta empresa eran la expresión de una idea y, en consecuencia, protegibles por copyright; y que la protección de copyright estaba dada sólo a la "expresión de una idea", no a la idea en sí misma, pero los sistemas operativos de Apple como tales no era ideas sino la expresión de ideas, y la expresión adoptada por el programador era susceptible de protección por copyright²

Otro caso renombrado lo constituyó la controversia entre las empresas Jaslow y Whelan en 1986, la primera era el titular de un laboratorio odontológico y Whelan era la titular del copyright sobre un software llamado "Dentalab" que, bajo una relación contractual con Jaslow, había desarrollado para explotar en exclusividad, reconociéndole a esta empresa un porcentaje de lo producido. Posteriormente Jaslow había desarrollado, sobre la base del software de Whelan, otro software llamado "Dentcom" en un lenguaje de programación distinto para competir con la propia Whelan. Luego había dejado sin efecto el contrato con ésta y finalmente la demandó para que dejara de comercializar el Dentalab, entendiendo que le correspondía la titularidad del mismo.

Ambos programas estaban escritos en diferentes lenguajes de programación por lo que, estrictamente hablando, no había copia de código. Los parecidos se encontraron exclusivamente en la estructura, secuencia y organización. Los elementos literales del software no habían sido copiados y las similitudes existentes se relacionaban con la secuencia, la estructura, el estilo y el look and feel de los programas.

La Corte entendió que el objeto de protección de la ley era la idea presente en el programa, la función o propósito perseguido con el programa que, en el caso concreto, era ayudar en el manejo del negocio de un laboratorio odontológico y que la estructura elegida para desarrollar esa idea, formaba parte

² Ver "Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.", 30 de Agosto de 1983 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983); 70 A.L.R.Fed. 153, 219 U.S.P.Q. 113, 1983 Copr.L.Dec. P 25,565. La discusión se centró, entonces, en determinar si un sistema operativo comercializado en su versión objeto era o no susceptible de protección vía copyright. La enseñanza que dejó este caso es que los sistemas operativos, que son claramente funcionales, son protegibles vía copyright aun cuando sean distribuidos solamente en código objeto, cuyas propiedades expresivas son prácticamente nulas

de la particular manera en que esa idea estaba expresada, siendo, por ende, expresión protegible por copyright.³

Sin embargo la jurisprudencia no parece encontrar en el derecho de autor el marco adecuado para proteger determinados aspectos del software. En los Estados Unidos, fue paradigmático el caso de "Apple Computer Inc v Microsoft Corp", en el año 1982. La demandante exigía ser indemnizada por haberse sido violado sus derechos alegando que Microsoft había copiado la interfaz, superficie de contacto (en especial el uso de iconos) de su programa. La demanda fue rechazada⁴. El golpe de gracia lo dio, en el año 1995, el caso de "Lotus v. Borland" en donde se decidió que el menú de instrucciones del programa de Lotus no era protegido por el régimen de copyright, dejando en una posición extremadamente vulnerable a los programas de software.⁵

Frente a estas decisiones, y dado el significativo crecimiento de la industria del software, los creadores de programas de computación o que hacen uso de ellos, comenzaron a buscar un tipo de protección más fuerte: las patentes. En Estados Unidos, la Sección 101 del Estatuto de Patentes prohíbe patentar software, algoritmos y modelos de negocios, la United States Patent and Trademark Office (PTO) rechazó sistemáticamente las solicitudes basado en que el software consistía en algoritmos matemáticos, los cuales fueron siempre considerados como "leyes de la naturaleza" o "puros pensamientos", ambos excluidos del ámbito de protección del régimen de las patentes.

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia fueron perfilando argumentos para utilizar el régimen de las patentes. Las rígidas políticas instrumentadas por la PTO comenzaron a distenderse, dando lugar a un criterio más flexible. La jurisprudencia no hizo más que confirmar el camino escogido en el leading case "Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Diehr and Lutton", en 1981, en el que se involucraba una discusión que se dio entre dos empresas que buscaban una patente a un procedimiento de vulcanización del caucho sintético. La Corte Suprema de Estados Unidos admitió que se patentara no el software sino un procedimiento que con el uso de un software de por medio lograba un procedimiento industrial y aportaba elementos de innovación en el estado del arte en la industria y por eso

³ Ver "Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc. et al.", 4 de Agosto de 1986 797 F.2d 1222; 1240 (3d Cir. 1986); 479 U.S. 1031 (1987). Esta sentencia muestra considerar al software como una obra literaria es incorrecto ya que le tuvo que dar una protección más amplia y diferente

⁴ Ver "Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation" 35 F.3d 1435; 63 USLW 2259, 1994 Copr.L.Dec. P 27,301, 32 U.S.P.Q.2d 1086) Apple había acordado previamente la licencia de ciertas partes de su interfaz gráfica de usuario a Microsoft, para su uso en Windows 1.0. Cuando Microsoft hizo cambios en Windows 2.0y agregó ventanas superpuestas y otras características que se encuentran en la interfaz gráfica de usuario de Macintosh. Apple, al demandar a Microsoft hizo una lista de 189 elementos de la GUI propia (y la que había sido "copiada" por Microsoft), de las cuales el tribunal decidió que 179 de estos elementos habían sido licenciados a Microsoft Windows 1.0 en el acuerdo y la mayoría de los restantes 10 elementos no eran derechos de autor, ya que no eran ideas originales de Apple, o eran la única forma posible de expresar una idea en particular

⁵ Ver "Lotus Development Corp. v. Borland International Inc." Corte de Apelaciones de EE.UU., Primer Circuito 09 de marzo 1995 49 F. 3d 807, 34 USPQ2d 1014 El presente caso es una limitación para la protección de los derechos de autor, implicó volver atrás, retroceder un poco y achicar su campo de aplicación Los comandos del menú (por ejemplo, "imprimir", son en gran parte de los procedimientos habituales que Lotus no ha inventado y son palabras comunes que Lotus no puede monopolizar

se admitió para ese caso específico el procedimiento que era controlado por una máquina.⁶ En el caso de "Arrhythmia Research Technology, Inc. v. Corazonix Corporation", 1994, se determinó que lo que prevalecía no era el "proceso" sino el "resultado" del mismo que estaba asociado a un software⁷

En el caso de "Computer Associates v. Altai" en 1992, directamente se sostuvo que el régimen de patentes podría ser la rama más apropiada para proteger la tecnología proveniente de las ciencias de computación⁸ Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales, en 1995, la United States Patent and Trademark Office anunció que no rechazaría más reclamos por el sólo hecho que este involucrado un programa de computación, sino que simplemente exigiría que se cumplieren con los requisitos tradicionales. Se estudiará únicamente si el invento es útil a las artes tecnológicas en el mundo real, por oposición a algo que no representa más que una idea o concepto, lo cual no sería patentable.

La puerta al patentamiento de estos 'inventos' fue dejada abierta por el famoso caso de "State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial", en el año 1998. En este caso, el tribunal determinó que un método financiero para gestionar fondos mediante una computadora constituye un modelo de negocios patentable. Lo interesante del caso radica en el nuevo tratamiento que se le dio a las excepciones que fueron utilizadas jurisprudencialmente para denegar el otorgamiento de patentes: la excepción del "algoritmo matemático" y la del "modelo de negocio".⁹ Con relación a la primer excepción la Corte entendió que el algoritmo matemático, al ser una fórmula matemática no era patentable toda vez que no es más que una "idea abstracta".

Sin embargo, desde el momento en que el algoritmo tuviese una aplicación práctica, podríamos estar frente a un procedimiento patentable. En el caso State Street Bank, la computadora, a través de una serie de cálculos matemáticos, transforma datos que representan diversas cantidades de dólares en un precio final. Conforme lo sostenido por el tribunal, ello constituye una aplicación práctica de un algoritmo matemático toda vez que produce un resultado útil, concreto y tangible: un precio final aceptado por las autoridades y utilizado en subsiguientes transacciones.

⁶ Ver "Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Diehr and Lutton" United States Supreme Court. March 3, 1981 450 U.S. 175, 209 USPQ 1. This case is discussed in Legal Protection of Digital Information Chapter 5, Section I.F En este caso se abordó la cuestión de los métodos en los que se utilizaban fórmulas matemáticas, las cuales, al igual que las leyes naturales, no son per se patentables. El proceso global resultaba patentable en razón de la forma en que sus pasos adicionales integraban al mismo a la ecuación. Tales pasos adicionales transformaron el método en una aplicación inventiva de la fórmula.

⁷ Ver "Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp", 12 de Marzo de 1992. 958 F.2d 1053, 22 USPQ2d 1033 (Fed.Cir.1992), la transformación de las señales del electrocardiograma del latido del corazón de un paciente por una máquina con una serie de cálculos matemáticos constituyó un uso práctico de una idea abstracta (un algoritmo, una fórmula, o un cálculo matemática), porque correspondió a una condición útil, concreta o tangible de la cosa- del corazón de un paciente.

⁸ Ver "Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc." 22 de Junio de 1992 982 F.2d 693; 119 A.L.R. Fed. 741; 61 USLW 2434, 37 Fed. R. Evid. Serv. 348 se sostuvo que no hay una única idea subyacente en un programa y que es conveniente utilizar un análisis de los programas en tres pasos, abstracción, filtrado y por último comparación con los restantes en programa protegido con el fin de determinar su similitud

⁹ Ver "State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc.", 23 de Julio de 1998 149 F.3d 1368 Este fue el primer caso de una patente otorgada a una invención en esta clase y abrió la posibilidad de obtener protección por vía de patente para una amplia gama de programas de computador y de invenciones siendo un tema muy actual relacionado con la patentabilidad del software en el entorno de Internet y el comercio electrónico

Respecto a la excepción de los "modelos de hacer negocios" se sostuvo que la misma debía ser cuestionada ya que se basaba en un principio legal obsoleto.¹⁰

En consecuencia, la Corte estableció que bastaba con que se cumpliera con los requisitos de novedad, no obviedad y aplicación industrial para ser acreedora de una patente.

2.2. Espacios Integrados

La tendencia mundialmente aceptada en cuanto a la protección del Software la marcó Estados Unidos, líder, en ese momento, indiscutido y absoluto de la industria del software. Tanto el Convenio de Berna, el Acuerdo de la Organización Mundial de Comercio (OMC) y su Anexo Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio de 1994, como los Tratados de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual sobre Derecho de Autor de Ginebra 1996 (ADPIC) también conocido por sus siglas en inglés, como TRIPS celebrado en el marco de la Ronda Uruguay del General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) la Directiva Europea N° 250/91 y 24/2009 y las legislaciones internas de los diferentes países consideran que la mejor forma de proteger el software es a través del régimen de derechos de autor en los mismos términos de las obras de dominio literario, pues posee las características para ser objeto de protección, tales como originalidad, se manifiesta por la materialización de un idea y puede ser reproducida y definida por cualquier medio conocido o por conocer.

2.2.1. Unión Europea

En lo que a la Comunidad Europea se refiere, hay que destacar la Directiva del Consejo 91/250/CEE, de 14 de abril de 1991, sobre programas de ordenador, que obliga a los Estados miembros a proteger los programas de computadora mediante derechos de autor, tratando de equiparar las diversas legislaciones nacionales en cuanto a los requisitos para la protección del software. Esta directiva se ha incorporado al Derecho español con la Ley 16/1993, que viene a completar lo recogido en la Ley 22/1987, de expresa aplicación a los programas de ordenador. Por su parte, la reforma de la *Loi de Droit d'Auteur* francesa de 1985, introdujo la mención del *logiciel* dentro de la lista de protección.

En 1988, el Reino Unido hizo una modificación sustancial a sus leyes sobre derechos de autor incluyendo los programas de computadora en la definición de obras literarias. Aunque la ley de derechos de autor de Alemania incluía los programas para procesamiento de datos en su lista de obras protegidas, la Corte Suprema de ese país ha limitado particularmente solo a los programas que sean creaciones intelectuales personales. Específicamente un programa creado mediante la aplicación de capacidad sobre promedio de programación es susceptible de protección por derecho de autor. La

¹⁰ *Ibidem*

jurisprudencia holandesa interpreta que un programa debe considerarse una creación por un perito para ser objeto de protección de la ley holandesa de derecho de autor (RÍOS ESTAVILLO 1997)

En 1995, La Comisión de Comunidades Europeas presentó el Libro Verde sobre los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información resaltando que el éxito del proceso vinculado a la sociedad de la información depende que la mayoría de los servicios y productos nuevos que se crean puedan beneficiarse plenamente de las «autopistas de la información» y que se deberán adoptar normativas para responder a las nuevas exigencias que puedan surgir, planteando nuevos desafíos. Los esfuerzos creativos que dan lugar a las inversiones en los nuevos servicios sólo pueden realizarse y justificarse si, en este entorno digital, la protección conferida por los derechos de autor y los derechos afines a las obras y a las prestaciones resulta suficiente ya que una vez prestado el servicio en la red, es muy difícil, sin la adecuada protección, garantizar que la obra o la prestación no sea copiada, transformada o explotada sin el conocimiento de los titulares de los derechos y en su perjuicio. (COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS 1995)¹¹

Por otra parte, la Directiva Europea 11979/1/2004 -7 de marzo del 2005, dispone que un programa de ordenador como tal no puede constituir una invención patentable. En consecuencia no se considerarán patentables las invenciones que utilizan programas informáticos, expresados en código fuente, código objeto o cualquier otra forma que no producen efectos técnicos En el año 2007, el Convenio sobre la Patente Europea de 1973 fue sustituido por el Convenio sobre la Patente Europea de 2000, conocido como el "CPE de 2000" y en su artículo 52.2 figura una lista no exhaustiva de creaciones que no se consideran invenciones, entre ellos, en el inciso c) expresamente menciona un programa informático

En Europa, contrariamente a los expresado en el párrafo anterior, el leading case de "Vicom/Computer-related invention" de 1987, adoptó el concepto de "contribución técnica" del invento al arte. La Junta de Apelación sostuvo que un invento que podría ser patentable de acuerdo con el criterio de patentabilidad convencional, y que no debería ser excluido de la protección por el sólo hecho de adoptar la forma de programas de computación. Así, para que un invento cuya novedad resida en el software utilizado reciba protección, debe cumplir dos requisitos, a saber: producir alguna contribución técnica y pasar el tradicional test que se le aplican a todos los inventos: novedad, es decir que sea novedoso, nivel inventivo y aplicabilidad industrial¹² En sentencia del Tribunal de Justicia Alemán, como principal antecedente jurisprudencial en Europa, respecto del caso Sohei, en 1994, atenúa la prohibición de la patentabilidad del software, aunque no regula expresamente dicha atenuación de tal prohibición,

¹¹ Para mayor información consultar Comisión de las Comunidades Europeas (1995) *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas COM (95) 382 final y la Síntesis

¹² Ver "Vicom/Computer-related inventions, T208/84 [1987] EPOR 74, 79 puede observarse cómo se alegó la transformación física para determinar el carácter técnico de una invención ya que si un método matemático se utiliza en un proceso técnico, el proceso se produce en una entidad física (que podría ser un objeto material pero también una imagen almacenada como señal eléctrica) a través de algún medio técnico que aplique el método, produce, como resultado, una cierta *transformación* en la entidad

estableciendo que si bien el software se protege vía derechos de autor, si se encuentra dentro de un elemento patentable, éste debe ser protegido vía patente¹³

De este modo, las rígidas políticas instrumentadas tanto por la PTO como por la European Patent Office comenzaron a distenderse, dando lugar a un criterio más flexible y autorizando, en ciertos casos, a patentar determinados software (BAKELS, HUGENHOLTZ 2002).

2.2.2. Comunidad Andina de Naciones

La Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena de 1993, Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos y la Decisión 486 del Acuerdo de Cartagena, Régimen Común de Propiedad Industrial establece que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias y que dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a lo aplicativos ya sea en forma de código fuente o código objeto (AGUIRRE SORIANO 2011) A su vez, la Decisión Andina 344/1993, artículo 6 Literal d) establece una lista de elementos que no se consideran invenciones y entre ellos están los programas de ordenador o soporte lógico, para excluir de manera inmediata la patentabilidad del software.

Tanto Colombia por la Ley 23, 1982, como Bolivia y Perú protegen el software por el sistema de derechos de autor (GAMBA SEGOVIA, R; ESCOBAR MORA 2013).

2.2.3. Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

El capítulo XVII, artículo 1705 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, North American Free Trade Agreement (conocido por sus siglas en inglés NAFTA) protege enfáticamente los programas de computación, apoyándose en la Convención de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 y sus revisiones, en especial París 1971 y en tanto que signifiquen o que incorporen una expresión original, son considerados obras literarias en el sentido propuesto por dicha convención. Sin embargo permite que uno de sus miembros, Estados Unidos se desligue de la obligatoriedad de reconocer el derecho moral de los programas al establecerse en el anexo 1701.3 facción 2 que ese tratado no confiere derechos de imponer obligaciones a Estados Unidos respecto del derecho moral del autor. Las disposiciones del tratado son generales y concede amplia libertad a sus miembros a legislar de acuerdo con sus intereses

Por su parte, en México, los inicios de la protección del software se remontan a 1984, cuando se permitió el registro e inscripción de los programas de computación por conducto de la Dirección General del Derecho de Autor y se equiparó a las obras literarias. Mas tarde, en 1991, se reformó la ley sobre

¹³ Ver SOHEIR en T769/92, Boletín Oficial de la OEP 1995. Se destacó, en particular, que una invención que, por lo demás, podría ser legal no quedaría invalidada por implicar un método comercial. Sin embargo, no se consideró suficientemente técnico el software que se debía utilizar en la visualización de caracteres especiales

propiedad industrial y sobre derechos de autor y finalmente, en 1996, la Ley Federal del Derecho de Autor siguió la tendencia dominante equiparándolo a las obras literarias en cuanto a su protección (TÉLLEZ VALDEZ 1996).

3. Sistema Jurídico Argentino

La República Argentina es una de las naciones del hemisferio americano que con mayor constancia y entusiasmo afirmó la necesidad de proteger jurídicamente las creaciones de la inteligencia humana y más tempranamente se unió al esfuerzo internacional para crear una sombrilla legal que asegurara la tutela de los derechos de los autores fuera de las fronteras del país de origen de las obras.

3.1. Constitución Nacional

La protección del derecho a la propiedad intelectual está expresamente prevista en el artículo 17 de nuestra Carta Magna de 1853 al establecer que todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento por el término que le acuerda la ley. Esta norma constitucional, inspirada en la Constitución de los Estados Unidos, fue la que dio sustento a la posterior legislación nacional destinada a la protección de los derechos intelectuales

El concepto genérico de propiedad constitucional, que engloba todas sus formas posibles, ha sido acuñado por la jurisprudencia de la Corte al señalar que el término “propiedad” empleado en la constitución, comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad y que está complementado por el artículo 14 de la Constitución, que reconoce a todos los habitantes del país la potestad de usar y disponer de su propiedad conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (BADENI 2004)

La Propiedad intelectual comprende dos grandes subdivisiones reguladas por leyes diferentes: a) el derecho de autor y b) la propiedad industrial

a) el derecho del autor sobre una obra científica, literaria, artística, tiene como fundamento del lógico indiscutible el producto de la inteligencia humana, de su arte, de su inspiración creadora, regulada por la ley 11.723 de 1933 con la inclusión expresa de los programas de computación dentro de las obras intelectuales protegidas, luego de las modificaciones de la Ley 25.036. Abarca, a título de ejemplo, las obras literarias, los programas de computación, las composiciones musicales y cinematográficas, las obras de dibujo o pintura, las esculturas, las obras de arte y arquitectura, los impresos y planos o mapas, las fotografías, los grabados, los fonogramas.

b) la propiedad industrial y comercial es el derecho sobre inventos, descubrimientos, patentes, marcas de fábrica, con un matiz económico acentuado, y, como especie de propiedad intelectual, recae sobre los inventos, descubrimientos, patentes, marcas de fábrica y de industria, diseños, dibujos y modelos

industriales y, en general, sobre toda obra de la inteligencia humana que no está comprendida en la ley 11.723. La ley 24.481, modificada por la ley 24.572, regula las patentes de invención y los certificados de modo de utilidad. Las patentes se otorgan respecto de invenciones de productos o procedimientos, siempre que sean novedosos, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial.

Para ambos casos, la constitución prevé una regulación legal distinta que la de otras formas de propiedad, anticipando la posibilidad de extinción del derecho por el transcurso del tiempo, y ello quizás se debe a que, en la propiedad intelectual, la creación del autor, sin perder el carácter personal a que hemos aludido, aprovecha necesariamente de la cultura que es patrimonio colectivo de la comunidad toda. (BIDART CAMPOS 1998)

Conforme BIDART CAMPOS (2010:125), el artículo 17 dice que “todo” autor o inventor es propietario “exclusivo”, entendemos que “toda” clase de obra, invento, descubrimiento, etc. debe quedar amparada por la propiedad intelectual o industrial, y que las exclusiones legales que impiden registrar esa propiedad son inconstitucionales, porque dejan desguarnecida esa misma propiedad y la titularidad del propietario. Hay hitos en el derecho judicial de la Corte de los que se infiere que la protección al derecho de autor abarca todas las producciones intelectuales de cualquier naturaleza o finalidad, porque tiende a tutelar la creación intelectual en sí misma, sin que importe el medio material que le da soporte.

Por su parte, la reforma de 1994 asigna ahora, en el artículo 75 inciso 19 párrafo primero, al Congreso la competencia de proveer a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento, y en el párrafo 4, establece que el Congreso sancionará leyes destinadas a proteger la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor, el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales, con lo que el panorama anterior del artículo 17 se amplía en su dimensión originaria.

Estamos frente a la denominada cláusula del nuevo progreso que complementa el viejo inciso alberdiano del progreso y abre un abanico de posibilidades para que el Congreso adquiera un rol protagónico en la legislación referida a Internet, bases de datos, informática, firma digital y todo lo referido a las TICs

En verdad, ha existido una interesante producción legislativa en los últimos años vinculados a esta temática. En lo que a este trabajo respecta podemos mencionar la ley 25.036, modificatoria de la ley 11.723, orientada a la protección de programas de computación; la ley 25.467, que impulsa la investigación científica y el desarrollo tecnológico; la ley 25.856/2004, que considera a la producción de software como actividad industrial y la ley 25.922, que promueve la citada industria del software, modificada por ley 26.692/2011

Por otra parte, todo sistema de derechos en un estado democrático debe abastecerse de dos fuentes: la interna, y la internacional; este principio ha quedado formalmente consagrado con el inciso 22 del artículo 75 en la constitución reformada en 1994, sentando, como principio general, la suprallegalidad de los tratados internacionales de toda clase: los tratados prevalecen sobre las leyes, dando jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos que allí vienen

enumerados, dos declaraciones, ocho tratados, y un protocolo adicional y abriendo la posibilidad que otros de derechos humanos la adquieran en el futuro siempre que sean aprobados por el Congreso mediante el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara

- - 3.2. Legislación Internacional
- ### 3.2.1. Tratados con Jerarquía Constitucional

Los derechos sobre la creación y la investigación científica, han sido conjuntamente protegidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, entre los que se destaca la Declaración Universal de Derechos Humanos, que asegura, en su artículo 27, en primer lugar, que toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten, y en segundo toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas que sea autora. En igual sentido, el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, donde se señala que los Estados partes tienen que garantizar que toda persona pueda beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas que sea autora.

3.2.2. Tratados con Jerarquía Supralegal

En 1994, en el marco de la Ronda Uruguay del GATT, se firmó el acuerdo constitutivo de la OMC, uno de cuyos anexos fue "Acuerdo Sobre los Aspectos de Los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio"(ADPIC) también conocido por sus siglas en inglés, TRIPS, el cual fue ratificado por el Congreso Nacional mediante ley 24.425, sancionada el 7 de diciembre de 1994

En virtud de dicho acuerdo, nuestro país al igual que los demás países signatarios, se comprometieron a respetar fielmente lo estipulado en el Convenio de París de 1967 y en el de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas de 1886 revisado en París 1971 y a proveer, teniendo en cuenta las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales, los medios eficaces y apropiados para hacer respetar los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio. En el artículo 10 inciso 1º del ADPIC se contempla específicamente a los programas de computación y a las compilaciones de datos al establecer que los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna y en el inciso 2º que las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales no abarcando los datos o materiales en sí mismos (NAVARRETE 2006).

Asimismo, el artículo 11 del citado acuerdo estipula que con respecto a los programas de ordenador, los miembros conferirán a los autores y sus derechohabientes el derecho de autorizar o

prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor.

En su artículo 27 párrafo 1 atenúa la prohibición de patentar el software al disponer que es posible obtener derechos de patente, los cuales se podrán gozar sin discriminación del campo de la tecnología, incluyendo dentro de la materia patentable, los productos de tecnología como el software

Además es el primer texto jurídico que plasmó la diferencia entre mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificados y mercancías piratas que lesionan el derecho de autor entendiendo por estas últimas cualquier copia hecha sin el consentimiento del titular de derecho o de una persona debidamente autorizada por el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de una copia cuando ella constituye infracción del derecho de autor o de un derecho conexo

Finalmente, en el artículo 41 inciso 1º, se establece la obligación a los países miembros de asegurar que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces y recursos ágiles contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual, prevenir las infracciones y disuadir nuevas. Estos procedimientos se aplicarán de forma que se evite la creación de obstáculos al comercio legítimo, y deberán proveer salvaguardas contra su abuso

En 1996, en la Conferencia Diplomática de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual se concluyeron dos Tratados: Tratado de la OMPI de Derecho de Autor, en inglés WIPO Copyright Treaty, (WCT siglas en inglés o TODA en español) y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, en inglés WIPO Performances and Phonograms Treaty, (siglas en inglés WPPT o TOIEF en español), denominados comúnmente como los Tratados de Internet disponiendo que los programas de computador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica al software, cualquiera que sea su modo o forma de expresión. El objetivo de los Tratados consiste en actualizar y completar los principales tratados de la OMPI sobre el derecho de autor y los derechos conexos: a saber, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas y la Convención Internacional sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, (La Convención de Roma), para adaptarse a los nuevos acontecimientos que se producen en el mercado y a la evolución de las tecnologías. (LIPSZYC 2004) Desde que se aprobaron el Convenio de Berna y la Convención de Roma, o fueron revisados por última vez hace más de 30 años, han surgido nuevos tipos de obras, nuevos mercados y nuevos métodos de utilización y divulgación. Entre otras cosas, tanto el WCT o TODA, como el WPPT o TOIEF intentan dar respuesta a los desafíos que plantean las tecnologías digitales actuales, en particular, la divulgación de material protegido por redes digitales como Internet. Por ello, con frecuencia reciben el nombre de "Tratados Internet". Asimismo, el WPPT o TOIEF ofrece una cobertura geográfica potencialmente más amplia que la Convención de Roma que, hasta la fecha, no ha recibido la adhesión de varios países, muy activos en el ámbito del derecho de autor.

El Programa Digital: La Aplicación de los Tratados de la OMPI de Derecho de Autor (WCT) y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)” (OMPI 2002) señala que ambos Tratados de Internet fueron aprobados por consenso por más de 100 países, la mayoría de los cuales eran países en desarrollo y entraron en vigor en el año 2002.

Por consiguiente, reflejan un amplio acuerdo internacional acerca del modo en que deben abordarse el derecho de autor y los derechos conexos en el entorno actual, incluido el contexto de las tecnologías digitales. Esto se debe a que, durante el proceso de negociación, se tomaron en consideración las demandas de los países que deseaban obtener derechos más sólidos para los creadores y de aquellos que deseaban obtener mayores beneficios para los usuarios. Las salvaguardias relativas al interés público y la flexibilidad correspondiente a las opciones de política se dejaron a criterio de las legislaciones nacionales. La opinión generalizada es que el resultado final es equilibrado y justo. El WCT o TODA protege las obras literarias y artísticas, tales como los libros, los programas informáticos, la música, la fotografía, la pintura, la escultura y las películas cinematográficas. El WPPT o TOIEF protege los derechos de los productores de fonogramas o grabaciones sonoras (por ej. discos, casetes, discos compactos), así como los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes cuyas interpretaciones o ejecuciones se fijan en grabaciones sonoras. Ambos tratados exigen a los países que formulen un marco de derechos básicos que permita a los creadores ejercer un control y/o percibir una remuneración por las distintas formas en que se usan y disfrutan sus creaciones. Pero el factor más importante a principios de este nuevo milenio es la protección adecuada y eficaz que dichos tratados seguirán garantizando a los titulares de esos derechos cuando sus obras se difundan gracias a las nuevas tecnologías y a sistemas de comunicaciones tales como Internet.

Además, los tratados aclaran pues, en primer lugar, que el derecho tradicional de reproducción sigue aplicándose en el entorno digital, también en lo que respecta al almacenamiento de material en formato digital en un medio electrónico.

En segundo lugar, ponen en claro que los titulares de los derechos pueden verificar si los distintos consumidores tienen acceso en línea a sus creaciones y de qué modo, en el momento y lugar que determinen los consumidores, por ejemplo, desde sus domicilios a través de Internet.

Para mantener un equilibrio justo de intereses entre los titulares de los derechos y los consumidores, los tratados especifican además que los países gozan de una gran flexibilidad para fijar excepciones o limitaciones a los derechos en el entorno digital. En determinados casos, los países pueden permitir excepciones para usos considerados de interés público, al igual que para fines educativos y de investigación sin afán lucrativo. (OMPI 2002)

Los dos nuevos tratados constituyen asimismo una innovación al exigir a los países que establezcan no sólo los derechos propiamente dichos, sino también dos tipos de auxiliares tecnológicos para esos derechos que tienen por objeto garantizar a los titulares de derechos el uso eficaz de la tecnología para proteger sus derechos y conceder licencias sobre sus obras en línea. La primera estipulación, conocida como “disposición contra la elusión” aborda el problema de la “piratería”: exige a

los países que prevean una protección jurídica adecuada y recursos eficaces contra la elusión de medidas tecnológicas (como el cifrado) utilizados por los titulares para proteger sus derechos y preservar la copia cuando sus creaciones se difunden por Internet. El segundo tipo de auxiliar tecnológico protege la fiabilidad e integridad del mercado en línea al exigir a los países que prohíban la alteración o supresión deliberada de "información electrónica sobre gestión de derechos", es decir, la información adjunta a todo material protegido disponible en línea que identifica la obra, su creador, artista intérprete o ejecutante, o propietario, y las condiciones de su uso. (FERNÁNDEZ DELPECH 2006) Ambos tratados abordan también otras cuestiones, no exclusivas del entorno digital, como los derechos de distribución y de alquiler, el derecho a percibir remuneraciones por determinadas formas de radiodifusión o comunicación al público. Asimismo introducen la obligación para los países de prever medidas adecuadas y eficaces que permitan a los titulares hacer valer sus derechos contra toda infracción.

3.3. Legislación interna

En la Argentina el software encuentra protección específica y propia en el Derecho de autor, conforme a la tendencia mundial y en cumplimiento de lo dispuesto por los Tratados de Internet de la OMPI

Comenzamos, conforme la clasificación de diversos autores (MOISSET DE ESPANÉS, HIRUELA DE FERNÁNDEZ 2002) en una primera etapa, con una protección genérica en la cual no encontramos un texto legal que expresamente refiera al software pero no importó la privación de tutela jurídica a los primeros programas de computación por aplicación de la Ley 11.723 referida a las obras científicas, literarias y artísticas. En esta época, lejos se estaba de contemplar la protección jurídica del software, ya que tales programas no existían. No obstante ello con la revolución de la industria informática, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia local consideró que los programas y las compilaciones de datos, pese a no estar expresamente mencionados en la ley, estaban comprendidos entre las obras protegidas. Por otra parte, la vía de protección del software mediante la Ley de Patentes vigente en esa época, había sido rechazada por la Dirección Nacional de Propiedad Industrial, quien impidió el patentamiento del software en virtud de las Resoluciones 10/64 y 15/75

Pasamos a una segunda etapa, a partir de 1994, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 165/94 incluyendo al software en la enumeración de obras amparadas por la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, estableciendo también el procedimiento de registro en la Dirección Nacional de Derecho de Autor

La doctrina y la jurisprudencia reconocieron plena validez a esta normativa sólo en cuanto al procedimiento de registración y a la tutela civil del software, empero le negaron todo valor en lo relativo a la tipificación penal, con fundamento en que el Poder Ejecutivo carece de facultades para, por vía reglamentaria, crear nuevos tipos penales, por cuanto el software es una obra intelectual sui generis que requiere de una protección específica.

A partir del fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal en los autos "Autodesk, Inc." que confirmó el sobreseimiento por inexistencia de delito, en un caso de reproducción de un programa de

computación sin autorización del titular del derecho de propiedad intelectual por considerar al artículo 72 de la ley 11.723 como un tipo penal cerrado. Interpretó el tribunal que el Decreto 165/94 no resultaba complementario de la Ley de Propiedad Intelectual y que sólo reglaba instancias administrativas de registración de software o bien afirmaba la protección civil del mismo, por lo que carecía de la capacidad para definir conductas penalmente reprimidas¹⁴.

Que contra ese pronunciamiento, los querellantes Antonio Millé y Oscar Pellicori en representación de Autodesk Inc, Word Perfect Corporation, Microsoft Corporation y Lotus Development Corporation interpusieron recurso extraordinario cuya denegación dio origen al recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Dicho Tribunal, el 23 de diciembre de 1997 en los autos "Recurso de hecho deducido por Autodesk Inc. en la causa Pellicori, Oscar y otros s/ denuncia por defraudación" reafirmó la tendencia jurisprudencial anterior al entender que los programas de computación son obras de arte "sui generis", cuya reproducción ilícita lesiona el derecho de propiedad y, por ende, es posible solicitar la reparación en sede civil, pero que dicha conducta escapa al tipo penal previsto en la ley 11.723.¹⁵

Finalmente, una tercera etapa, la Ley N° 25.036, reformando la ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual en lo que se refiere a derechos de autor sobre programas de computación y bases de datos, viene a introducir en la estructura de nuestra legislación una protección específica para este género de obras que constituyen una novedad legislativa modificando cuatro artículos e incorporando el artículo 55 bis.

Esta nueva normativa, conocida como la Ley del Software, adopta para nuestro país el sistema predominante en los acuerdos internacionales suscriptos por la República Argentina, en cuanto brinda protección al software mediante la legislación de derechos de autor.

En su modificación al artículo 1° que en su actual texto enumera entre las obras protegidas, a los programas de computación fuente y objeto, y las compilaciones de datos o de otros materiales su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos. Es importante aclarar que si bien un programa fuente puede ser ejecutado por un computador, esto requiere el uso de un software que interprete las instrucciones escritas en el lenguaje superior de computación y las vierta al lenguaje de máquina que pueden manejar los procesadores. Como la operación de interpretación implica un proceso adicional para cada instrucción, resulta más eficiente obtener de una vez para siempre una versión condensada y expresada en lenguaje de máquina que pueda ejecutarse sin intermediarios por el computador. Esto se logra compilando el programa fuente para obtener como resultado el programa objeto, que contiene la misma lista de instrucciones pero expresada en otro código.

¹⁴ Ver Fallo "Autodesk, Inc. (Dres. Antonio Millé y Oscar Pellicori) s/recurso de casación", Cámara Nacional de Casación Penal Sala 1 19/7/95 Suplemento de Informática Jurídica de la revista Jurisprudencia Argentina del 2 de abril de 1997, pág. 56/64.

¹⁵ Para una ampliación del tema y los considerandos de la Corte Suprema ver CS, 23/12/97, "Pellicori, Oscar A y otros s/denuncia por defraudación. Causa N° 34.609 (P-772.XXXI - R.H.)

La última parte del citado artículo 1° fija un límite a la protección estableciendo que abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí, coincidiendo, de esta manera, con lo establecido en el artículo 10, inciso 2° del ADPIC

La modificación del artículo 4, incluye en el inciso e) entre los titulares del derecho de propiedad intelectual a aquellos que se vinculan con un software, expresando que en el caso del autor la tutela se dispone para toda su vida y para los herederos del autor se extiende hasta 70 años a contar del 1° de enero del año siguiente al de la muerte del autor.

A continuación el artículo en comentario establece que son también titulares del Derecho de autor las personas que con permiso del autor, la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan y las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario. Aquí se da un desplazamiento de la titularidad del derecho hacia la empresa pero no de la autoría, que sigue perteneciendo a quien realizó el programa.

Como vemos la ley ha establecido la titularidad a favor de la empresa de los derechos sobre programas producidos por un empleado encargado de elaborar un software siempre que el trabajo haya sido realizado por un dependiente, que el contrato de trabajo incluya entre las obligaciones del cargo la de elaborar, o contribuir a elaborar, programas de computación y que el programa creado haya sido en el desempeño de las funciones laborales del agente, en consecuencia no sería viable si el empleado crea el software en su tiempo libre y con sus propios recursos

En virtud que se trata de una relación contractual, el principio admite estipulación en contrario y finalmente cuando el empresario que realizó el encargo es una persona jurídica, el término de protección de la obra es de 50 años contados desde su publicación.

El autor de las obras goza básicamente dos tipos de derechos inherentes al derecho de autor: el derecho moral y los derechos patrimoniales

Los derechos morales tratan de garantizar el reconocimiento de la paternidad intelectual sobre la obra a su autor concediéndole además un poder exclusivo para decidir sobre el destino que vaya a darse a la obra. Debido al carácter personalísimo de tales derechos se los califica de irrenunciables e inalienables. En virtud de estos derechos el autor puede decidir si su obra es divulgada o no y en qué forma, tiene derecho a elegir si firmar su obra con su nombre o bajo seudónimo o anónimamente también posee el derecho de exigir el reconocimiento de su condición de autor y el respeto a la integridad de su obra. (LIPSZYC 1993)

Los derechos patrimoniales: la autoría de una obra atribuye su creador un derecho económico de explotación exclusiva de la misma salvo renuncia o cesión a terceros. Esto implica que a diferencia de los derechos morales los derechos económicos son negociables y se puede ceder lucrativa o gratuitamente y se puede realizar a través de cuatro tipos de actividades diferentes que dan lugar a otros tantos derechos independientes: reproducción distribución, comunicación pública y transformación

El artículo 3° de la norma en análisis, que incorpora un segundo párrafo al artículo 9° de la ley 11.723, establece un claro límite en lo que se refiere a la reproducción del software señalando que quien haya recibido de los autores o de sus derecho-habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá producir una única copia de salvaguarda ("back up) de los ejemplares originales del mismo y añade que dicha copia debe estar debidamente identificada, con indicación del licenciado que la realizó y la fecha en que lo hizo. Por último, estipula que la copia de "back up" no puede ser realizada con otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si este se pierde o se daña haciendo imposible su utilización.

Por su parte, el artículo 5° de la ley 25.036, modificatorio del artículo 57 de la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723 establece la obligación para quien quiera lograr la protección que brinda la ley con respecto a los programas de computación de proceder al depósito de los elementos y de los documentos que determine la reglamentación.

Para el caso de obra inédita el registro del software se realizara por trámite personal o por apoderado o representante legal que requiere: un ejemplar de la obra (CD), el documento de identidad, CUIT de la empresa titular de los derechos y completar el formulario. El depósito o registro de obras inéditas tiene validez por 3 años y el ejemplar depositado debe entregarse dentro de un sobre cerrado y lacrado con firma de los autores o titulares. En el caso de obra publicada el registro del software se deberá depositar un ejemplar en sobre abierto y sin firma (CD y documentación técnica) y el pago de una tasa del 2 por mil sobre el precio de venta y la cantidad de obras editadas. La inscripción se realiza en la Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) por medio de la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos (CESSI).

El certificado de depósito legal es el título que garantiza el ejercicio de los derechos de autor y prohíbe el uso o explotación del software por terceros sin la autorización

Se crea a favor de quien lo realiza las presunciones *iuris tantum* que lo depositado es una obra intelectual, que quien hizo el depósito de la obra es autor de ella, hace recaer la carga de la prueba sobre quien se oponga a los efectos de la inscripción, otorga fecha cierta a la obra y da certeza sobre su existencia.

La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor hasta el momento en que la efectúe, recuperándose dichos derechos en el momento de la inscripción

Finalmente, el agregado artículo 55 bis dispone que la explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluye, entre otras formas, los contratos de licencia de uso o reproducción, incorporando, de esta manera a las licencias dentro de los contratos autorizados por la ley 11723. Hay diferentes tipos de contratos de licencia que abarcan, desde los más restrictivos como software propietario o privativo hasta los free software o software libre donde se presentan los más arduos debates, sin embargo, su explicación excede este trabajo

La Ley N° 25.922 del 2004, prorrogada por Ley N° 126.692 del 2011 establece el Régimen de Promoción de la Industria del Software, conforme al artículo 4 las actividades comprendidas en el régimen

son la creación, diseño, desarrollo, producción e implementación y puesta a punto de los sistemas de software desarrollados y su documentación técnica asociada, tanto en su aspecto básico como aplicativo, quedando expresamente de dicho régimen la actividad de autodesarrollo del software. Los beneficios que ofrece el régimen son: estabilidad fiscal, reintegro de contribuciones patronales a través de un bono de crédito fiscal, no sujeción a retención o percepción del impuesto al valor agregado y reducción del 60% del impuesto a las ganancias. Se crea un Fondo Fiduciario de Promoción de la Industria del Software (Fonsoft).

Por su parte Ley N° 24.481 y su modificatoria Ley N° 24.572 regula las patentes de invención y modelos de utilidad. Antes de dicha ley, los inventos relacionados con software, comúnmente conocidos en inglés como "computer implemented inventions" CII, no estaban excluidos de la Ley de Patentes N° 111 derogada a fines de 1995. Con la finalidad de fijar su posición respecto de estos inventos, el Instituto Nacional de Propiedad Industrial (INPI) había emitido la Resolución N° 15/75 en la cual explicaba que, si bien la Ley N° 111 no mencionaba a los inventos relacionados con software, los mismos solamente serían patentados si la novedad radicaba en las funciones (el método) o en el aparato, hardware y únicamente si se establecía una clara descripción del hardware involucrado, quedando excluido todo lo relacionado con el programa. El conocido caso "IBM vs. La Nación" de 1984, en el cual la Corte Suprema falló a favor de la patentabilidad de un programa si el mismo se reivindicaba en combinación con una disposición, no modificó sustancialmente el estado de cosas ya que el INPI continuó con su postura restrictiva aun después de noviembre de 1995, año de la promulgación de la nueva Ley de Patentes. Al promulgarse en 1995 la nueva Ley de Patentes N° 24.481, el INPI se encontró con una nueva restricción a la patentabilidad de los inventos del tipo CII, ya que la nueva ley enuncia explícitamente en su artículo 6 que no se considerarán invenciones a los programas de computación. Ante esta limitación el INPI continuó concediendo algunas pocas patentes a disposiciones y métodos asociados con software, aplicando el concepto universal de patentabilidad que se basa en evaluar la aplicación industrial, la novedad y el mérito inventivo.

Varios años después, el 10 de diciembre del 2003, fue publicado por el INPI el documento titulado "Directrices sobre Patentamiento" que pretendió establecer los criterios de patentabilidad de los inventos en general y, en particular, de los inventos relacionados con software pudiendo ser patentado cuando "aporta una solución técnica a un problema técnico", la explicación de los términos "carácter técnico" y "contribución técnica" se lee en la Parte C Capítulo IV al referirse que un programa de computación reivindicado como tal no será patentable independientemente de su contenido. La situación no cambia cuando el programa de computación se carga en una computadora conocida.

A continuación se da a entender en el documento que un objeto reivindicado (es decir, un aparato, una disposición o un método) no será excluido prima facie de patentabilidad si aporta una contribución técnica al arte previo aun cuando intervenga un programa de computación en su implementación, y enumera casos como por ejemplo máquinas controladas por programas, manufactura

controlada por programas, procedimientos de control, programa de trabajo de control interno de una computadora conocida.

El documento también desarrolla el tema de la patentabilidad de los inventos del tipo CII. A partir del Anexo VII de la parte C se deducen que toda reivindicación cuyo objeto sea alguna de las materias o actividades pertenecientes a la lista de exclusiones del artículo 6 de la Ley N° 24.481 debe ser denegada, independientemente de los aparatos o métodos utilizados para obtener la materia o implementar la actividad y que si una reivindicación establece una condición ornamental, puramente económica o financiera, o del ámbito del intelecto artístico será rechazada.

5. Conclusiones

La protección jurídica del software es un tema polémico e inacabado tanto en los foros nacionales como internacionales ya que se trata de una tecnología que no se encuadra en los conceptos tradicionales de derecho de autor ni de propiedad intelectual. Tanto desde el punto de vista doctrinario como jurisprudencial se demostró que todavía no se logró una regulación legal efectiva que abarque las innovaciones informáticas actuales y futuras dada la velocidad en los cambios de este tipo de tecnologías. Además la situación se vuelve más compleja debido a que las industrias productoras de software han invertido en recursos económicos y humanos para salvaguardar sus derechos y por la otra parte, el consumidor es un protagonista silencioso, no se lo escucha. La dificultad de la regulación está íntimamente relacionada con la misma tecnología involucrada que es sumamente fácil de reproducir y difícil de traducir en una ley.

Como ventajas de regular el software por el sistema de patentes se puede mencionar que su protección es fuerte, mucho más grande para los desarrolladores de software; ya que impide que otros utilicen lo patentado sin permiso, impiden a otros crear programas de software que lleven a cabo sus funciones, promueve que los empleados puedan desarrollar nuevas ideas, aumentando la valuación de la compañía en inversión, financiación, transacción de fusiones y adquisiciones y protege de modo único la inversión en investigación y desarrollo, pero como desventaja señalamos que la tramitación para la obtención de una patente es larga y costosa, muchas veces se requiere la intervención de un experto, y que ello no corresponde a la velocidad de desarrollo del mercado de software. El obstáculo fundamental que se erige contra la protección del software como un invento patentable radica en que un programa es un conjunto de instrucciones que al no involucrar manipulación de materia, determina que no pueda ser incluido dentro de los avances técnico-industriales que son el objeto central de protección del Régimen de Patentes.

Los argumentos mencionados llevaron a que se plantee la posibilidad de un tercer paradigma para la protección de los programas de computación, una nueva protección *sui generis*, fundamentalmente propuesta por la OMPI materializado en las "Disposiciones Tipo para la Protección del Soporte Lógico" 1978.

Estas disposiciones fueron elaboradas por la Oficina Internacional de dicho organismo luego de efectuar numerosas consultas con expertos gubernamentales y privados de los distintos países que adhirieron al proyecto, entre ellos Argentina, 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. Estas disposiciones se basan esencialmente en un enfoque propio de la legislación sobre derecho de autor, aceptan como opción la tutela a través de ese derecho contemplando la adecuación de la normativa a las particularidades del soporte lógico. El articulado de las disposiciones tipo no contempla el depósito o registro previo como una condición para la protección, tema que deja librado a la decisión de los países que eventualmente llegaren a inspirarse en el proyecto comentado, pero tendría las ventajas de permitir conocer una manifestación del estado de la técnica en un campo dado, el software, y de aportar al depositante la prueba de la existencia de su creación en una fecha dada y cierta. Pero al lado de ello se hace mención de las dificultades a vencer en cuanto a sistematizar la información sobre los distintos programas confiados a la oficina encargada de los depósitos, y también en lo relativo a producir copias de programas redactados en gran variedad de lenguajes, y para ser alimentados a muy diferentes tipos de máquinas.

Sin embargo, estos proyectos no han recibido hasta la fecha consagración legislativa, constituyen un esquema teórico que no se ha visto plasmado en la realidad por lo cual no se puede todavía analizar su efectividad en la práctica, no obstante no estuvo exenta de críticas ya que constituye una reproducción de gran parte de las normativas ya existentes en las legislaciones nacionales de derecho de autor contribuyendo a la dispersión legislativa

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I.- Libros

BADENI.G. (2004) *Tratado de Derecho Constitucional*. Buenos Aires, La Ley, 2006

BAKELS, R; HUGENHOLTZ, B. (2002) *Patentabilidad de programas de ordenador Debate en torno a la legislación de ámbito europeo en el campo de las patentes de software*. Luxemburgo, Parlamento Europeo Serie Asuntos Jurídicos, 2002

BIDART CAMPOS, G. (1998) *Manual de la Constitución Reformada*. Buenos Aires, Ediar, 2010

COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (1995) *Libro Verde. Los derechos de autor y los derechos afines en la Sociedad de la Información*. Luxemburgo, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1995 COM (95) 382 final

DAVARA RODRÍGUEZ, M (1993) *Manual de Derecho Informático*. España, Thomson Aranzadi, 2008

GARCÍA BARRERA, M. (2011). *Derecho de las Nuevas Tecnologías*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011

LIPSZYC, D. (1993) *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires, UNESCO, CERLALC, Zavalía, 1993

NAVARRETE, L (2006). *Derecho ¿de autor? El debate de hoy*. La Habana, Editorial de Ciencias Sociales, 2006

OMPI (1980) *Glosario de Derecho de Autor y Derechos Conexos*. Ginebra, OMPI, 1980

RÍOS ESTAVILLO, J. (1997). *Derecho e Informática en México*. México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997

RODRÍGUEZ HAUSCHILDT, V. (2007) *Derecho Informático*. Buenos Aires, Aplicación Tributaria, 2007

TÉLLEZ VALDEZ, J. (1996). *Derecho Informático*. México McGraw-Hill, 1996

II.- Revistas

AGUIRRE SORIANO, D (2011). “El Posible Impacto de las Patentes del Software en la Economía Colombiana” En *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2011, 6, 5-27

CARRANZA TORRES, M. (2008) “El Accidente Histórico de la Protección Jurídica del Software” En *Jurisprudencia Argentina*, 2008, II, 1178-1189

FERNÁNDEZ DELPECH, H (2006). “Medidas Tecnológicas de Protección de la Propiedad Intelectual en Internet. Los Actos de Elusión. La Protección Jurídica contra la Elusión” En *Congreso MERCOSUR de Derecho Informático*, Córdoba, 2006, 1-20

GAMBA SEGOVIA, R; ESCOBAR MORA, C (2013). “Tecnologías de la Información por medio de la Propiedad Intelectual” En *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2013, 9, 5-36

LIPSZYC, D. (2004) “Los Tratados de Internet en la OMPI” En *II Jornadas de Derecho de Autor en el Mundo Editorial*, 2004, 1-25

MOISSET DE ESPANÉS, L; HIRUELA FERNÁNDEZ, M (2002) "Protección Jurídica del Software" En Anuario de Derecho Civil, UCC, 2002, 7, 46-62

OMPI (2002). "El Programa Digital: La Aplicación de los Tratados de la OMPI de Derecho de Autor (WCT) y del Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (WPPT)". En *3º Sesión del Comité Permanente de Cooperación para el Desarrollo en materia de Propiedad Intelectual*, 2002, PCIPD/3/9

PÉREZ GÓMEZ, A (2013). "Hacia una Mundialización de la Explotación de Obras en Línea. Proposición de un Sistema Internacional de Administración Digital de Derechos de Autor" En *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*. Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2013,10, 5-30

PISANTY BARUCH, A (2007). "La Gobernanza de Internet y los Principios Multistakeholder de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información" En *Revista Mexicana de Política Exterior*, 2007, 79-80, 10-39

III Jurisprudencia

Cámara Nacional de Casación Penal Sala 1 "Autodesk, Inc. (Dres. Antonio Millé y Oscar Pellicori) s/recurso de casación" 19 de Julio de 1995 Suplemento de Informática Jurídica de la revista Jurisprudencia Argentina del 2/4/ 1997, 56-64.

Corte de Apelaciones, Circuito Federal (Estados Unidos) "State Street Bank & Trust Co. v. Signature Financial Group, Inc." 23 de Julio de 1998 149 F.3d 1368

Corte de Apelaciones, Noveno Circuito (Estados Unidos) "Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corporation" 35 F.3d 1435; 63 USLW 2259, 1994 Copr.L.Dec. P 27,301, 32 U.S.P.Q.2d 1086

Corte de Apelaciones, Primer Circuito (Estados Unidos) "Lotus Development Corp. v. Borland International Inc." 9 de Marzo 1995 49 F. 3d 807, 34 USPQ2d 1014

Corte de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos) "Arrhythmia Research Technology Inc. v. Corazonix Corp" 12 de Marzo de 1992 958 F.2d 1053, 22 USPQ2d 1033 (Fed.Cir.1992)

Corte de Apelaciones, Segundo Circuito (Estados Unidos) "Computer Associates International, Inc. v. Altai, Inc" 22 de Junio de 1992 982 F.2d 693; 119 A.L.R. Fed. 741; 61 USLW 2434, 37 Fed. R. Evid. Serv. 348

Corte de Apelaciones, Tercer Circuito (Estados Unidos). "Apple Computer Inc. v. Franklin Computer Corp.", 30 de Agosto de 1983 714 F.2d 1240 (3d Cir. 1983); 70 A.L.R.Fed. 153, 219 U.S.P.Q. 113, 1983 Copr.L.Dec. P 25,565.

Corte de Apelaciones, Tercer Circuito (Estados Unidos). "Whelan Associates Inc. v. Jaslow Dental Laboratory Inc." 4 de Agosto de 1986 797 F.2d 1222; 1240 (3d Cir. 1986); 479 U.S. 1031 (1987)

Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) "Pellicori, Oscar A y otros s/denuncia por defraudación". Causa N° 34.609 23 de Diciembre de 1997 (P-772.XXXI - R.H.)

Corte Suprema de los Estados Unidos. "Diamond, Commissioner of Patents and Trademarks v. Diehr and Lutton" 3 de Marzo de 1981. 450 U.S. 175, 209 USPQ 1.

Oficina Europea de Patentes, Sala de Recursos "Soheir" en T769/92, Boletín Oficial de la OEP 1995

Oficina Europea de Patentes, Sala de Recursos "Vicom/Computer-related inventions", T208/84 [1987] EPOR 74, 79