

PROPIEDAD INTELECTUAL DEL SOFTWARE DERECHOS DE AUTOR – COPYRIGHT ¿COPYRIGHT O COPYLEFT?

Juan Andrés Dottl¹

Hacia finales del Siglo XX empezamos a ser testigos y parte de un nuevo proceso que ha dado en llamarse *Sociedad de la Información*. A esta nueva modalidad se la considera como la sucesora de la Industrial, haciendo su aparición alrededor de la década del 70. Se considera que con su llegada, las sociedades cambiaron su forma de funcionar. Esta mudanza se refiere básicamente a que la generación de riqueza, poco a poco, se fue trasladando del sector industrial hacia el sector de los servicios. Es decir, ya la riqueza y el empleo no se asocian, en forma mayoritaria, a la fábrica y la industria, sino a la generación, tratamiento, y almacenaje de todo tipo de información. Ya no son bienes tangibles o materiales, sino que son las Tecnologías de la Información y Comunicación –conocidas como TIC–, las encargadas del desarrollo y el progreso social.

La creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo unifica mercados, sociedades y culturas, a través de una serie de transformaciones sociales, económicas y políticas que les dan un carácter global. Ya en los inicios del Siglo XXI nos encontramos casi totalmente globalizados, la Industria de la Informática contribuyó en gran medida a ello.

En los inicios de ésta, lo importante estuvo vinculado a la parte material, *el hardware*; quedando la parte inmaterial, *el software*, relegada a un segundo plano. El abaratamiento de los costos y el desarrollo continuo de nuevas tecnologías, hizo que en un par de décadas el software pasara a ocupar el primer plano.

¹Becario de Iniciación de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNNE, por Resolución del Consejo Superior N° 159/07 C. S. de fecha 16 de Mayo del Año 2007. Directora de Beca: Maria Laura Estigarribia Bieber.

Centrándonos en el ámbito legislativo, la Constitución Argentina² reconoce el derecho de los autores e inventores sobre sus creaciones e invenciones (art. 17).

Los derechos de propiedad intelectual o derechos de autor son aquellos que se le conceden a éste sobre su obra, nacidos en labor creativa, al expresar con originalidad el fruto de su espíritu o de una colaboración intelectual en una obra artística, literaria o científica.³ No fue sino hasta la sanción de la ley 25.036, en 1998, que modificó los artículos 1,4,9 y 57 e incorporó el artículo 55 bis de la ley 11.723, de Propiedad Intelectual, no podíamos afirmar que el Software como creación del intelecto, tenía un reconocimiento expreso y unívoco, sino que su determinación como tal, podía quedar supeditada a una interpretación de carácter judicial. Es por ello que con el dictado de la norma referida, el Software quedo consagrado como creación, una obra intelectual, y como tal, protegida por la ley 11.723, ya citada, y sus modificatorias. El titular de los derechos sobre una obra de Propiedad Intelectual tiene las facultades de disponer de ella, de publicarla, autorizar su reproducción en cualquier forma, entre otros.

“Confirmando una larga posición jurisprudencial y doctrinaria, el software fue incluido expresamente dentro del alcance de dicha ley a través del decreto numero 165/94. En el año 1998, fue sancionada y promulgada la ley 25.036, que establece en su artículo 1: *Modificase el artículo 1 de la ley 11.723 el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 1: A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas...*”... “También se incorporó el artículo 55 bis, que reza: *La explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o*

² Constitución Argentina, Artículo 17: ... “*Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley*”...

³ Emery, Miguel Ángel “Propiedad Intelectual, Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”, en La Propiedad Intelectual. Sustento Constitucional. Ubicación de los Derechos Intelectuales, Editorial ASTREA, Año 2005, Tercera Reimpresión, Pág. 2.

⁴ Software Legal Argentina, ¿“Como protege la Legislación Argentina el Software?” [en línea] (ref. citada el 3 de Diciembre de 2007).

Disponibile World Wide Web: <http://www.softwarelegal.org.ar/html/preguntas-frecuentes.html#3>

*reproducción.*⁵ La incorporación de este último artículo, permitió extender la protección del Software en los casos de licencia de uso o reproducción como autorización o permiso concedido por el titular del derecho de autor, en cualquier forma contractual, al usuario de un programa informático, para utilizar éste en una forma determinada y de conformidad con las condiciones que han sido convenidas.

Establecido, entonces, que el Software es una creación del intelecto humano, podemos considerar que ésta es una tendencia que, al menos en nuestra legislación, cuenta con amplia aceptación.

Otro ámbito de protección aplicable al Software es el Derecho de Patentes.⁶ “El sistema de Patentes puede ser beneficioso para un país, en tanto y en cuanto las patentes allí concedidas sean aprovechadas, es decir, explotadas. Por consiguiente, es aceptable cualquier norma que tienda a promover dicha explotación, pero dentro de los límites de la racionalidad que permitan obtener buenos resultados”.⁷ Que el Software sea protegible mediante Derecho de Patentes o de Autor no es un tema menor, implica una enorme diferencia en la práctica. Como regla general, las patentes otorgan mayor protección que

⁵ Artículo 55 bis de la ley 25.036 Sancionada el 14 de Octubre de 1998 y Promulgada en Noviembre de 1998. Publicada en el Boletín Oficial, el 11 de Noviembre de 1998.

⁶ Artículo 1 de la Ley 111 Patentes de Invención 1: Sostenía que “*Los nuevos descubrimientos e invenciones en todos los géneros de la industria, confieren a sus autores el derecho exclusivo de explotación, por el tiempo y bajo las condiciones que se expresaran conforme a lo dispuesto en el art. 17 de la constitución; este derecho se justificara por títulos denominados “patentes de invención” expedidos en la forma que determinara esta ley*”. Texto hoy derogado por Ley 24.481, cuyo artículo 4 establece: “*Serán patentables las invenciones de productos o de procedimientos, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. A los efectos de esta ley se considerará invención a toda creación humana que permita transformar materia o energía para su aprovechamiento por el hombre. Asimismo será considerada novedosa toda invención que no esté comprendida en el estado de la técnica. Por estado de la técnica deberá entenderse el conjunto de conocimientos técnicos que se han hecho públicos antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente o, en su caso, de la prioridad reconocida, mediante una descripción oral o escrita, por la explotación o por cualquier otro medio de difusión o información, en el país o en el extranjero. Habrá actividad inventiva cuando el proceso creativo o sus resultados no se deduzcan del estado de la técnica en forma evidente para una persona normalmente versada en la materia técnica correspondiente. Habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial, entendiendo al término industria como comprensivo de la agricultura, la industria forestal, la ganadería, la pesca, la minería, las industrias de transformación propiamente dichas y los servicios*”.

⁷ O’Farrell Ernesto y Faerman Silvia, “Derechos Intelectuales 1”, La Obligación de Explotar en nuestra Legislación de Patentes, Editorial ASTREA, Año 1986, Pág. 71.

los derechos de autor, equivalente a un monopolio temporal. Por ello, muchos sectores intentan imponer el patentamiento como regla de protección, mientras que otros se oponen fervientemente.

En general, quienes fomentan la primera posición son grandes empresas desarrolladoras, que buscan la máxima protección para sus productos. En la vereda contraria están, en general, pequeñas empresas que promueven el software libre; individuos y, en menor medida, algunas grandes empresas en el tema que nos ocupa.

La tendencia hacia el patentamiento del software existe porque el derecho de autor no protege acabadamente al software. Mediante derechos de autor, puede protegerse la expresión de una idea, pero no la idea en sí. Desarrolladores de software pueden tomar esa idea y desarrollar nuevos trabajos, sin infringir derechos de autor de terceros. Estos problemas no se presentan con una patente, la cual otorga a su titular un derecho de explotación exclusivo de la idea por el período de su vigencia, que es de 20 años.⁸ Esta tendencia mundial hacia el patentamiento se ve reforzada también por una muy común estrategia de negocios defensiva.

Por otra parte, quienes se oponen al patentamiento del software entienden que el mismo frena la innovación porque impide a otros usar y explotar una idea perteneciente a un tercero. También se fundamenta la oposición al patentamiento en que la protección que otorga la patente es territorialmente restrictiva y temporalmente inadecuada.

La patente tiene validez territorial, es decir que vale dentro de la jurisdicción de la oficina de patentes. Para obtener validez mundial, el invento debe patentarse en cada jurisdicción. El proceso puede ser lento y costoso. Pequeñas y medianas empresas o individuos en general no tienen los recursos para afrontar este tipo de protección. En cambio, obtener protección mediante derechos de autor es más simple y se logra generalmente cuando el software se publica —en algunos países se requiere registración para que sea oponible a terceros—. Gracias a la Convención de Berna pueden protegerse los derechos de autor internacionalmente.⁹

⁸ Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 24.481, Capítulo IV Duración y Efectos de las Patentes, Artículo 35: “La patente tiene una duración de veinte (20) años improrrogables, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud.

⁹ Sánchez Gregorio, *¿Cómo protege la Legislación Argentina el Software?* [en línea], (“s. 1.”), (ref. citada el 3 de Diciembre de 2007).

En nuestro país puede observarse que no existe ninguna enunciación taxativa legal que prohíba patentar el software ya que no se encuentra comprendido dentro de los supuestos contemplados por el artículo 7 de la Ley de Patentes 24.481¹⁰, el cual establece qué invenciones no son patentables. Sin perjuicio de lo expresado, el artículo 6 de la misma Ley¹¹ trae un catálogo de actividades, aportes intelectuales y creaciones humanas que no constituyen una invención patentable. Entre ellos se encuentran los programas de computación. La intención del legislador al redactar este artículo fue claramente la de no atribuir el privilegio patentario a aquellas invenciones, muchas de las cuales se encuentran en zonas grises, que carecen de utilidad industrial. En tal sentido, el artículo 4 de la misma ley, con una generosa amplitud, expresa en su inciso e) que *“habrá aplicación industrial cuando el objeto de la invención conduzca a la obtención de un resultado o de un producto industrial”* entendiéndose

“Disponible en World Wide Web en: <http://www.softwarelegal.org.ar/html/prensa/noticias.asp?id=167>.

¹⁰ Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 24.481, Título II, De Las Patentes de Invención Capítulo I Patentabilidad, Artículo 7: *“No son patentables:*

a) *Las invenciones cuya explotación en el territorio de la REPUBLICA ARGENTINA deba impedirse para proteger el orden público o la moralidad, la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales o evitar daños graves al medio ambiente;*

b) *La totalidad del material biológico y genético existente en la naturaleza o su réplica, en los procesos biológicos implícitos en la reproducción animal, vegetal y humana, incluidos los procesos genéticos relativos al material capaz de conducir su propia duplicación en condiciones normales y libres tal como ocurre en la naturaleza”.*

¹¹ Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 24.481, Título II, De Las Patentes de Invención Capítulo I Patentabilidad, Artículo 6: *“No se considerarán invenciones para los efectos de esta ley:*

a) *Los descubrimientos, las teorías científicas y los métodos matemáticos;*

b) *Las obras literarias o artísticas o cualquier otra creación estética, así como las obras científicas;*

c) *Los planes, reglas y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económico-comerciales, así como los programas de computación;*

d) *Las formas de presentación de información; e) Los métodos de tratamiento quirúrgico, terapéutico o de diagnóstico aplicables al cuerpo humano y los relativos a animales;*

f) *La yuxtaposición de invenciones conocidas o mezclas de productos conocidos, su variación de forma, de dimensiones o de materiales, salvo que se trate de su combinación o fusión de tal manera que no puedan funcionar separadamente o que las cualidades o funciones características de las mismas sean modificadas para obtener un resultado industrial no obvio para un técnico en la materia;*

g) *Toda clase de materia viva y sustancias preexistentes en la naturaleza”.*

como industrial a las mismas industrias de transformación propiamente dichas y a los servicios.¹²

A esta dicotomía ya existente entre Patente o Propiedad Intelectual del Software, se le suma otra, por cierto, no menos significativa: **COPYRIGHT Y COPYLEFT**.

En el derecho anglosajón se utiliza la noción de *copyright* —traducido literalmente como derecho de copia—, que comprende la parte patrimonial de los derechos de autor.¹³ En los países donde priman las concepciones civilistas francesas y alemanas, atribución subjetiva de derechos al autor sobre su obra—, se habla de derecho de autor. En los países del *common law*, no se habla de derechos de autor sino de *copyright*. Si bien para los dos sistemas el objeto de protección es una obra inmaterial, el concepto de ésta no es el mismo.¹⁴ Para el primero, la obra es una creación intelectual del autor persona física, único titular original del derecho de autor; para el segundo, el *copyright* protege otros objetos además de las creaciones en que el autor deja su impronta personal, como los fonogramas. Por lo tanto, si bien se puede hablar de derechos de autor y derechos conexos o afines, no corresponde referirse al *copyright* y derechos conexos, porque este se extiende a los derechos de los intérpretes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión.¹⁵

Por otro lado, el *Copyleft* o *copia permitida*, se propone como alternativa a las restricciones de derechos que imponen las normas planteadas en los derechos de autor, a la hora de hacer y redistribuir copias de una obra determinada. Pretende garantizarse, así, una mayor libertad para que cada persona receptora de una copia, o una versión derivada de un trabajo, pueda, a su vez, usar, modificar y redistribuir tanto el propio trabajo como las versiones derivadas

¹² Maresca, Fernando “¿Hacia el patentamiento del Software?, Trabajos sobre Informática Jurídica [en línea] Texto info.: “La situación en Argentina” (“s. 1.”), Año 2000, (ref. citada el 3 de Diciembre de 2007).

Disponible en World Wide Web: <http://www.portaldeabogados.com.ar/colaboraciones/002patsftw.htm>

¹³ Diccionario Virtual Wikipedia: Concepto “Derecho de autor (Copyright)”, [en línea], (ref. citada el 3 de Diciembre de 2007).

Disponible en World Wide Web: <http://es.wikipedia.org/wiki/Derechos-de-autor#Argentina>.

¹⁴ Emery, Miguel Ángel “Propiedad Intelectual, Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”, Creación originalidad y novedad, Editorial ASTREA, Año 2005, Tercera Reimpresión, Pág. 7.

¹⁵ Ídem.

del mismo. Así, y en un entorno no legal, puede considerarse como opuesto al copyright o derechos de autor tradicionales.¹⁶

Para entender mejor lo que es el *Copyleft* debemos referirnos a su máximo exponente, Richard Stallman, quien tuvo como principal objetivo crear un sistema operativo completamente libre al que denominó Sistema GNU.¹⁷ Para asegurar que el software GNU permaneciera libre para que todos los usuarios pudieran “ejecutarlo, copiarlo, modificarlo y distribuirlo”, el proyecto debía ser liberado bajo una licencia diseñada para garantizar esos derechos al tiempo que evitase restricciones posteriores de los mismos. La idea, como adelantamos, se conoce en inglés como copyleft –copia permitida–, y está contenida en la Licencia General Pública de GNU (GPL).¹⁸

En el proyecto GNU, el objetivo es el dar a todo usuario la libertad de redistribuir y cambiar dicho software. Si los intermediarios pudieran quitar esa libertad, nosotros tendríamos muchos usuarios, pero esos usuarios no tendrían libertad. Así, en vez de poner software GNU en el dominio público, se lo protege con copyleft, que establece que cualquiera que redistribuye el software, con o sin cambios, debe dar la libertad de copiarlo y modificarlo. Copyleft garantiza que cada usuario tiene libertad.¹⁹

Stallman fue quien creó la FSF –Free Software Foundation–, en Octubre del año 1985; esta es una organización que está dedicada a eliminar las restricciones sobre la copia, redistribución, entendimiento, y modificación de programas de computación.

Como puede observarse, a la dicotomía que se genera entre Derecho de Patentes y Propiedad Intelectual que legal y técnicamente pertenecen a las leyes de Copyright, correlativamente se le adhiere otro punto que acentúa aun más la diversidad mencionada: el Copyleft, que no es lo contrario de copyright. El Copyleft existe porque nos hemos acostumbrado a que la palabra Copyright

¹⁶ Diccionario Virtual Wikipedia: Concepto “Copyleft”, en Métodos de Aplicación [en línea], (ref. citada el 3 de Diciembre de 2007).

Disponible en World Wide Web en: <http://es.wikipedia.org/wiki/Copyleft>.

¹⁷ Este proyecto comenzó en el año 1984 dándole el nombre recursivo de GNU, que significa GNU? no es UNIX (*GNU's not UNIX*), para crear un sistema operativo compatible con UNIX. Este proyecto es el padre de un sinnúmero de programas que actualmente forman parte de cualquier distribución de Linux y por ello es correcto hablar de GNU/Linux en lugar de Linux.

¹⁸ Diccionario Virtual Wikipedia: Concepto “GNU”, Etimología [en línea], (ref. citada el 3 de Diciembre de 2007).

Disponible en World Wide Web en: <http://es.wikipedia.org/wiki/GNU>.

¹⁹ Que es el Copyleft? [en línea], (“s. 1.”), 2006/10/03.

Disponible en World Wide Web: <http://www.gnu.org/copyleft/copyleft.es.html>.

signifique una sola cosa. Lo cierto es que el primero es uno de los modelos posibles del segundo, y no su opuesto. Es verdad que es la alternativa moderada, pero no entre el Copyright y la piratería, sino entre dos modelos del Copyright, aquel que es igual de restrictivo, de “todos los derechos reservados”, y aquel que algunos creen que es igual de restrictivo de la GPL²⁰, bajo la cual, cualquier código que utilice software con dicha licencia deberá redistribuirse bajo las mismas condiciones, incluso si un tercero quiere hacer dinero con él.

Tampoco Copyleft significa renunciar a los derechos de autor; en modo alguno no puede reproducirse ni publicarse en otros lugares y atribuirse la autoría. En caso de contravención se incurriría en la ilegalidad por la comisión de “piratería”.

Concluyendo, lo cierto es que, tratándose de Propiedad Intelectual, Patentes (Copyright) o Copyleft, podemos afirmar que nos encontramos actualmente con un panorama en el cual casi todas las posibilidades son ciertas. Legislativamente en Argentina, el Software está protegido como obra del intelecto por la Ley 11.723, su modificatoria 25.036 y el decreto 165/94, ya citados.

La ley de Propiedad Intelectual protege sólo la forma, el modo de expresión, y deja dentro del dominio público la idea, la cual integra el fondo común de la humanidad, concepto que ha sido expresado doctrinalmente al afirmarse: “Las ideas consideradas en sí mismas no son obras y su uso es libre. No se puede adquirir sobre ellas protección o propiedad alguna, aun cuando sean novedosas. El derecho de autor está destinado a proteger la forma representativa, la exteriorización de su desarrollo en obras concretas, aptas para ser reproducidas, representadas, ejecutadas, exhibidas, radiodifundidas, etc., según sea el género al cual pertenezcan y a regular su utilización”.²¹

En definitiva, todo ello no quita que quienes sostienen y pugnan por un software libre, avancen al respecto. Incluso, no sería descabellado afirmar que el Derecho de Patentes y Propiedad Intelectual conviva con el concepto *Copyleft*. Estos derechos de copia pueden subsistir en una misma sociedad; son distintos pero no antagónicos o contrapuestos. Cada uno tiene tanto sus puntos a favor como en contra. Lo adecuado sería, que quien sea creador de la idea, opte por aplicar a la misma el régimen de Derecho de Copia que crea más conveniente para su protección jurídica.

²⁰ GPL: significa *Licencia Pública General GNU (GPL)*. El autor conserva los derechos de autor (copyright), y permite la redistribución y modificación bajo sus términos.

²¹ Emery, Miguel Ángel “Propiedad Intelectual, Ley 11.723 Comentada, anotada y concordada con los tratados internacionales”, en *La Propiedad Intelectual. Programas de computación (“software”)*, Editorial ASTREA, Año 2005, Tercera Reimpresión, Pág. 13.