
PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE

Guillermo Bracamonte Ortiz

Abogado, especialista y expositor en temas de derechos intelectuales. Miembro del Comité Consultivo de Derecho de Autor del Colegio de Abogados de Lima. Miembro del Colegio de Expertos de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Vicepresidente por Perú del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA).

1 INTRODUCCIÓN

La propiedad intelectual constituye un sistema jurídico internacional de protección que tiene dos vertientes claramente diferenciadas:

- la propiedad industrial;
- los derechos intelectuales.

La *primera vertiente* comprende un sistema jurídico de protección de los derechos relativos a patentes de invención, modelos de utilidad, secretos de producción, diseños industriales, marcas de productos y de servicios, nombres y lemas comerciales, denominaciones de origen y otros signos distintivos comerciales, estructurado sobre la base del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, del 20 de marzo de 1883, y de los diversos instrumentos bilaterales y multilaterales concertados por los diversos Estados que conforman bloques o sectores regionales en todo el orbe.

La *segunda vertiente* establece un marco jurídico de protección para las obras literarias y artísticas, a la luz del Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, del 9 de setiembre de 1886, y de la Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores

de fonogramas y los organismos de radiodifusión, del 26 de octubre de 1961, así como de otros convenios o convenciones internacionales aplicables.

Para los efectos de comentar acerca del tema "Protección jurídica del software", nos referiremos únicamente a los derechos intelectuales, que comprenden a su vez a los denominados derechos de autor, por cuanto desde el punto de vista doctrinario y normativo está ampliamente difundida la tesis que reconoce que el software encuentra una adecuada y eficaz protección a través del *derecho de autor*. No tocaremos, entonces, el tema de la propiedad industrial, a pesar de que durante algún tiempo, cuando no había quedado determinado el ámbito de protección del software, éste era protegido frecuentemente por las patentes de invención.

Hoy en día no existe duda alguna en relación a que el software es una obra intelectual y, como tal, merece reconocimiento y protección por el derecho de autor.

En efecto, el software, en la medida en que es una creación que tiene características de "originalidad" e "individualidad", alcanza protección en favor de su autor o productor. A ese respecto cabe precisar que el principio de originalidad e individualidad no debe ser confundido con el concepto de "novedad", que constituye un requisito para que una invención sea considerada patentable por parte del *derecho de patentes*. Cabe precisar que el artículo 3 de las Disposiciones tipo para la protección del soporte lógico, preparadas por la Oficina Internacional de la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual), establece que: "La presente ley sólo será aplicable al soporte lógico que sea original en tanto que resultado del esfuerzo intelectual personal de su creador".

La protección que el derecho de autor concede al software está referida a la forma de expresión del *programa de computación* y no a las ideas contenidas en éste, como tampoco a su empleo o aprovechamiento industrial, ni a su mérito o destino.

Ahora bien, esto que se dice de manera sencilla y resumida tomó mucho tiempo de debates y de luchas doctrinarias, para concluir en la necesidad de otorgar una protección jurídica especial para los programas de ordenador y para su documentación complementaria, denominados en su conjunto *soporte lógico*.

De otro lado, es importante buscar en la medida de lo posible uniformidad en cuanto a la terminología aplicable al software. Sobre el particular, resulta útil hacer referencia nuevamente a las Disposiciones para la protección del soporte lógico preparadas por la OMPI, que en su artículo 1, de definiciones, entiende por:

- i) *Programa de ordenador*, un conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específicos.
- ii) *Descripción de programa*, una presentación completa de procedimientos en forma verbal, esquemática u otra, lo suficientemente detallada para determinar un conjunto de instrucciones que constituya el programa de ordenador correspondiente.
- iii) *Material auxiliar*, todo material distinto de un programa de ordenador o de una descripción de programa, creado para facilitar la comprensión o aplicación de un programa de ordenador, como, por ejemplo, descripciones de problemas e instrucciones para el usuario.
- iv) *Soporte lógico*, uno o varios de los elementos mencionados en los puntos i) a iii).
- v) *Propietario*, la persona natural o jurídica a quien pertenezcan los derechos

conferidos por el artículo 2.1) de esta ley, o su causalmente, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2)*.

El software es un tipo de obra intelectual que tiene particularidades que le son propias; en consecuencia, requiere que la protección que le dispensa el derecho de autor se extienda a su vez a los programas operativos, a los programas aplicativos, tanto en forma de código fuente como de código objeto.

Un aspecto fundamental a tener en cuenta es el hecho de que el sistema de protección del derecho de autor reconoce y concede al titular del derecho autoral sobre el software una exclusiva de explotación por el tiempo o plazo de protección legal.

En ejercicio de las prerrogativas que el derecho de autor le concede, el autor o productor del software podrá explotar, directamente o a través de terceros expresamente autorizados por él, su obra intelectual, es decir, el programa de ordenador. Cualquier utilización no autorizada por el titular del derecho se convierte automáticamente en una explotación ilícita del software y, en consecuencia, será penalizada de acuerdo al ordenamiento penal vigente.

En relación con los derechos del titular del software, la Business Software Alliance (BSA) entiende que los mismos deben tener el carácter de exclusivos, con la facultad de hacer o autorizar:

- a. La reproducción de un programa de computación en cualquier forma (incluyendo código fuente o código objeto compilado), por cualquier medio, parcial o totalmente.
- b. La adaptación, alteración o modificación del programa o la creación de obras derivadas basadas en el programa.
- c. La traducción de un programa, incluyendo la traducción desde un lenguaje de computación a otro, y de

un idioma humano a otro.

- d. La distribución de un programa de computación por medio de la venta, licencia, leasing, alquiler e importación, para cualesquiera de esos propósitos. El derecho de controlar la venta (pero no el alquiler o leasing) de una copia de un programa, debe extinguirse luego de la primera venta de esta copia por el derechohabiente o con su consentimiento*.

La posición antes referida aparece en el "Libro blanco de la BSA", *Directivas modelo para la protección legal del software*, publicadas en parte en la revista *Derecho de la Alta Tecnología* (DAT), año II, Nº 20, de abril de 1990, y hace referencia a las particularidades del software y su utilización, las mismas que merecen una especial o específica protección jurídica, con lo cual concordamos plenamente.

2 PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN LA LEY PERUANA

2.1 Ley de derecho de autor

En el ámbito de la legislación interna nacional —ley 13714, de derecho de autor peruana—, al software, al igual que en otros países, se le concedió protección al ser considerado como una "obra literaria". Por ello, a pesar de no estar considerado expresamente como obra dentro del artículo 7 de la referida ley de derecho de autor peruana, con acierto las autoridades administrativas del Registro de Derecho de Autor vinieron aceptando el registro del software en la Biblioteca Nacional del Perú y posteriormente en el INDECOPI. Una razón adicional para aceptar el registro (el registro no es constitutivo de derechos) y dispensar la protección, está dada por el hecho de que el listado de obras del artícu-

lo 7 de la ley 13714 es enunciativo y no limitativo. Por lo tanto, se pudo consagrar el reconocimiento que necesitaba y merecía tan importante obra: el software.

2.2 Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos

La Comisión del Acuerdo de Cartagena, en su período ordinario de sesiones llevado a cabo el 17 de diciembre de 1993, aprobó la decisión 351, Régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos, valioso instrumento internacional vigente automáticamente como ley nacional para Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, desde el 21 de diciembre de 1993, fecha de su publicación en la *Gaceta Oficial del Grupo Andino*.

La decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, conocida también como la "decisión andina", establece en su capítulo VIII, "De los programas de ordenador y bases de datos", artículos 23 a 28, diversas normas que tienen por objeto brindar una protección mínima a las referidas obras del intelecto.

A continuación, pasamos a formular algunas precisiones en relación con dichas disposiciones:

- queda confirmado que los programas de ordenador se protegen en idénticos términos que las obras literarias;
- podrán ser de aplicación las disposiciones del Convenio de Berna, referentes a los derechos morales;
- los titulares del software podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas;
- el propietario de un ejemplar del programa puede realizar una copia de seguridad;
- no es ilícita la introducción del programa de ordenador en la memoria interna del respectivo aparato, para efecto

de su exclusivo uso personal;

- la instalación de redes requiere el consentimiento del titular de los derechos;
- la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización, no constituye transformación del mismo;
- las bases de datos quedan protegidas siempre que la selección o disposición de las materias constituyan una creación intelectual;
- la protección de las bases de datos no alcanza a los datos o información compilados, sin afectar los derechos que correspondan a las obras o materiales que la conforman.

3 PROTECCIÓN DEL SOFTWARE A TRAVÉS DEL CONVENIO DE BERNA

El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, del 9 de setiembre de 1886, es el más antiguo e importante instrumento multilateral que brinda protección internacional a las obras intelectuales. El referido convenio es administrado por la OMPI.

El hecho de que más de ciento cinco Estados en el mundo, entre ellos el Perú, formen parte de la Unión de Berna, garantiza el respeto de los derechos de autor a nivel internacional.

El Convenio de Berna no hace alusión al software de manera expresa. Sin embargo, reiteramos que tal obra intelectual está protegida en idéntica forma que las obras literarias, pues las normas convencionales comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma

naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales, etc. A decir del profesor Antequera Parilli, la expresión "tales como" no es limitativa y más bien es ejemplificativa, por lo que el ámbito de protección del Convenio de Berna permite que queden protegidas un ilimitado género de obras intelectuales, entre ellas el software.

Bibliografía

BRACAMONTE ORTIZ, Guillermo

Derechos de autor y derechos conexos en los países del Acuerdo de Cartagena (decisión 351). Lima: Bhimesa.

LIPSZYC, Delia

Derecho de autor y derechos conexos. Buenos Aires: Zavalla.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas. Ginebra.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Disposiciones tipo para la protección del soporte lógico. Ginebra.

Revista de Derecho de la Alta Tecnología
Nº 20, año II. Buenos Aires, 1990.