

Derechos del titular del software y las licencias de uso en Iberoamérica

The Rights of Software Producers and Usage Licenses in Ibero-America

*Fernando Fuentes Pinzón**

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad realizar un estudio de derecho comparado entre los países de Iberoamérica, que permita determinar, la existencia de regímenes integrados para la protección del titular de un programa de computación. Igualmente, se analiza de manera somera, los diversos derechos otorgados y las limitaciones a los mismos. Este estudio comienza, por definir al objeto de la investigación (el software), y analiza algunas de las situaciones que puedan surgir al momento de determinar la titularidad del mismo, lo cual incluye a los programas realizados bajo relación laboral o contractual.

Palabras clave: Programa de computación, derecho de autor, reproducción, licencias de uso.

Abstract

The objective of this paper is to undertake a study of comparative law between Latin American countries in order to determine the existence of integrated laws that protect property rights for computer programs. Likewise, a brief analysis of various rights and limitations imposed is realized. The study begins by defining the objective of this research (software), and analyzes some of the situations that can occur when trying to determine the property of the same, and which also includes programs created within labor and contractual relations.

Key words: Computer programs, property rights, reproduction, usage licenses.

Recibido: Julio 2003 • Aceptado: Diciembre 2003

* Abogado. Profesor de la Universidad Rafael Bellosillo Chacín (URBE). Especialista en Derecho de Autor (OMPI-UCLA). Cursante del Postgrado de Especialización en Propiedad Intelectual de la Universidad de los Andes (Venezuela). Miembro del Instituto Interamericano del Derecho de Autor. Correo-e: ffve@yahoo.com; ffpe@hotmail.com.

1. Definición del Software

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (1982: 228), define al programa de computación como el: *“Conjunto de instrucciones que cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de la información indique, realice o consigne una función, tarea o resultados determinados”*.

Sin embargo, este concepto es demasiado técnico para ser aprehendido por el derecho de autor (Fuentes: 2002), ya que esta rama jurídica tiene como objeto la protección a la *“expresión”* utilizada por el autor o creador, así el Acuerdo sobre los Derechos Intelectuales Relacionados con el Comercio (ADPIC)¹ expresa en su artículo 9,2:

“La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

Norma similar se encuentra en la Decisión Andina 351 sobre el Régimen Común del Derecho de Autor (Dec. 351), Art. 7:

“Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras (omisis). No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial”.

Entre las legislaciones nacionales que consagran esta limitación básica al objeto protegido por el derecho de autor, destaca la legislación boliviana, que expresa:

“Artículo 4. Esta Ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, mediante la cual las ideas del autor son descritas, ex-

1 Es importante destacar que el ordenamiento positivo venezolano sobre el derecho de autor se encuentra en: 1) Ley sobre Derecho de Autor (Año 1993); 2) Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena: Régimen común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Publicada en Gaceta Oficial del 5 de mayo de 1994. 3) Reglamento de la Ley sobre el Derecho de Autor y de la Decisión 351 de la JAC (1995); 4) Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Suscrito el 9 de septiembre de 1886. Venezuela forma parte de él desde el 11 de mayo de 1982; 5) Convención de Roma sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión. Suscrito en el año de 1961; 6) Convención Universal sobre Derecho de Autor. Suscrito el 6 de septiembre de 1956. Venezuela forma parte de él desde el 27 de abril de 1966; 7) Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de Fonogramas contra la Reproducción No Autorizada de sus Fonogramas. Suscrito el 29 de octubre de 1971. Venezuela se adhirió a ese Convenio el 23 de diciembre de 1981; 8) El Acuerdo de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), vigente para todos los Estados miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC); 9) Acuerdo del G-3 conformado por México, Colombia y Venezuela, el cual presenta una referencia a la protección de los derechos intelectuales.

Derechos del titular del software y las licencias de uso en Iberoamérica

plicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas o artísticas. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas ni su aprovechamiento industrial o comercial”.

Una vez entendido el objeto sobre el cual recae la protección por el derecho de autor, podemos intentar ubicar un concepto sobre software más acorde con la realidad autoral, así la legislación venezolana en su Artículo 17 consagra:

“Se entiende por programa de computación a la expresión en cualquier modo, lenguaje, notación o código, de instrucciones cuyo propósito es que un computador lleve a cabo una tarea o función determinada, cualquiera que sea su forma de expresarse o el soporte material en que se haya realizada la fijación”.

Por su parte, la Decisión Andina 351 de la Comunidad Andina de Naciones (Dec. 351), contempla en su Art. 3 la siguiente definición del programa de computación:

“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”.

El Convenio de Berna, igualmente protege al software, aun sin nombrarlo expresamente en el listado ejemplificado del Artículo 2.1., ya que este protege a “*todas las producciones de carácter literario, científico y artístico*”. El software es tutelado por la legislación internacional como *obra literaria*, esto se desprende de la lectura del Artículo 10 del ADPIC, el Artículo 4 del Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derecho de Autor² y el Artículo 23 de la Dec. 351.

Para concluir con las definiciones legales sobre el programa de computación, citamos a la legislación española, la cual establece que se entenderá por programa de ordenador a:

“Artículo 96.1. (omisión) toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado

2 Adoptado por la Conferencia Diplomática el 20 de diciembre de 1996. CRNR/DC/94, disponible en la página oficial de la OMPI (WIPO) en Internet. www.wipo.org.

determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación (omisis). A los mismos efectos, la expresión programas de ordenador comprenderá también su documentación preparatoria. La documentación técnica y los manuales de uso de un programa gozarán de la misma protección que este Título dispensa a los programas de ordenador”.

2. Titularidad y autoría de los programas de computación

La creación intelectual requiere de capacidad de raciocinio, valoración, originalidad, improvisación, sentimientos, experiencias acumuladas y capacidad para expresarlas, actos que no pueden realizar sino exclusivamente los seres humanos, por ello, prácticamente la totalidad de las legislaciones iberoamericanas, establecen de manera expresa que los creadores de obras del intelecto sólo pueden ser personas naturales, excluyendo a las jurídicas.

Así, la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), relativa al régimen común sobre derecho de autor y ley vigente en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, expresa que autor es la: “*Persona física que realiza la creación intelectual*” (1993: Artículo 3); igualmente, lo prevén las legislaciones nacionales sobre derecho de autor de: Bolivia (1992: Artículo 8), Colombia (1993: Artículo 8 Ordinal b); Honduras (1999: Artículos 9 y 11); Ecuador (1998: Artículo 7); España (1996: Artículo); México (1996: Artículo 12); República Dominicana (2000: Artículo 5); Panamá (1994: Artículo 2 Numeral 1); Perú (1996: Artículo 2); Venezuela (1995: Artículo 2); entre otras.

Bien, los autores son los titulares originarios de los derechos autorales, ya que es la creación el requisito necesario para la obtención de una obra, es decir, sin creación no existe obra. La titularidad originaria que recae sobre el autor, no es impedimento para que este pueda transmitir la totalidad o algunos de los derechos patrimoniales a otro sujeto, lo que no excluye al creador de ejercer los derechos morales sobre la obra. Algunas legislaciones han establecido de manera expresa, estas definiciones, así las leyes nacionales de Perú y Panamá, además del Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor venezolana (1995: Artículo 2), las cuales contienen un listado de conceptos muy parecidos entre ellos, estando expresado, en esta última, de la siguiente manera:

“19. Titularidad: Es la calidad de titular de derechos reconocidos por la Ley.

20. Titularidad originaria: Es la que emana de la sola creación de la obra.

21. Titularidad derivada: Es la que surge por circunstancias distintas del hecho de la creación, sea por mandato o presunción legal, o bien por cesión mediante acto entre vivos o por transmisión mortis causa”.

Otras legislaciones sobre derecho de autor, han establecido de manera expresa que los titulares originarios son las personas que crearon la obra, es decir, los autores, mientras que las personas morales o jurídicas podrán: “(omisis) ejer-

Derechos del titular del software y las licencias de uso en Iberoamérica

cer los derechos de autor como titulares derivados” (Bolivia. 1992: Art. 8) o “(omisis) pueden ser titulares de los derechos intelectuales que les confiere esta Ley como derechohabientes del titular original” (Honduras. 1993: Art. 11), otra solución ha sido más amplia, al considerar que “(omisis) las personas morales o jurídicas pueden ejercer los derechos de autor y los derechos conexos como titulares derivados” (República Dominicana: 2000 Art. 5). Mientras, la legislación chilena (1992: Art. 7) establece: “Es titular originario del derecho el autor de la obra. Es titular secundario del derecho el que la adquiriera del autor a cualquier título”.

En el supuesto de las obras surgidas bajo relación laboral o por encargo, la titularidad originaria siempre pertenece al autor, empero, las legislaciones nacionales iberoamericanas, generalmente establecen una presunción de cesión sobre los derechos patrimoniales (reproducción, comunicación, distribución, transformación y defensa del título de la obra) a favor del comitente o el patrono, en forma ilimitada y por toda su duración, incluyendo la defensa de los derechos morales en cuanto sea necesario para la explotación de la misma. Con la entrega de la obra al patrono o al comitente se considerará autorizado para efectuar la divulgación de la misma bajo cualquier medio. En Venezuela, las obras creadas bajo relación de trabajo tienen una característica especial: se limita el ejercicio de los derechos morales al autor, en virtud de no poder hacer valer el derecho al arrepentimiento ni el de revocación de la cesión.

Con respecto a la titularidad surgida en aquellas obras que por su complejidad no puedan atribuírsele a un autor individualizado, sino a una pluralidad de ellos, las legislaciones iberoamericanas han establecido regímenes particulares de manera expresa, para evitar que el ejercicio separado de cada uno de los autores sea perjudicial para el desarrollo normal de la obra, quedando la titularidad en manos de una sola persona, generalmente, denominado productor. Este tipo de obra son denominadas obras en colaboración u obras colectivas.

Los programas de computación y las bases de datos son representantes de las obras colectivas, las cuales se caracterizan por ser creadas bajo la iniciativa y bajo la coordinación de una persona física o jurídica, quien la edita y divulga bajo su nombre, a partir de contribuciones personales para tal fin por los autores que han participado en su realización, aportes que no pueden ser individualizados y que se funden en una creación única y autónoma (Lipszyc: 1993).

La condición, de este tipo de obras, que surgen del aporte de un conjunto indeterminado de autores, es que, la explotación de los derechos patrimoniales es asignada a la persona natural o jurídica que tuvo la iniciativa, financiamiento y responsabilidad para la culminación de la obra. En el supuesto que se realice, bajo la figura de la coautoría, los derechos patrimoniales serán de común ejercicio entre los autores, salvo que se haya realizado bajo relación laboral o contractual, caso en el cual, el titular será el Empleador o el Comitente.

Tampoco existirá duda sobre la titularidad de los derechos patrimoniales, en el supuesto que el programa de computación sea una obra individual, ya que el titular será el autor, salvo que sea realizado bajo relación laboral o contractual,

por lo cual podrá pertenecer al empleador o al comitente, según lo decidan previamente en el contrato de la obra o en la relación laboral.

Con respecto a este último punto (el de las relaciones laborales de los creadores del software y de los manuales de uso con su patrono), la casi totalidad de las legislaciones iberoamericanas plantean soluciones análogas, así:

- Argentina: establece en su Ley 11.723 (con su modificación realizada por la Ley 25.036 de 1998), Artículo 4: “*Son titulares del derecho de propiedad intelectual (omisis) d) Las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario*”.
- Brasil: la Ley 9.609 (Ley de Programa de Ordenador), Artículo 4, consagra: “*Salvo estipulación en contrario, pertenece exclusivamente al empleador, contratante de servicios o al órgano público los derechos relativos al programa de ordenador, desarrollado o elaborado durante la vigencia del contrato o del vínculo estatutario (omisis)*”³.
- España: por medio de la Ley de Propiedad Intelectual, en su Artículo 97.4, expresa que: “*Cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador, en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos de explotación correspondientes al programa de ordenador así creado, tanto el programa fuente como el programa objeto, corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario*”.
- México: en su Ley Federal sobre Derecho de Autor, específicamente en su Artículo 103: “*Salvo pacto en contrario, los derechos patrimoniales sobre un programa de computación y su documentación, cuando hayan sido creados por uno o varios empleados en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones del empleador, corresponden a éste*”.
- Venezuela: por medio de su Ley sobre Derecho de Autor (1993), consagra en sus Artículos 17: “*(omisis) Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores del programa de computación han cedido al productor, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación de la obra, definido en el artículo 23 y contenido en el Título II, inclusive la autorización para ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley, así como el consentimiento para decidir sobre su divulgación y la de ejercer derechos morales sobre su obra, en la medida que ello sea necesario para la explotación de la misma*”; y “*Artículo 59.- Se presume, salvo pacto expreso en contrario, que los autores de las obras creadas bajo relación de trabajo o por encargo, han cedido al patrono o al comitente, según los casos, en forma ilimitada y por toda su duración, el derecho exclusivo de explotación definido en el artículo 23 y contenido en el Título II de esta Ley.*”

3 Traducción libre hecha por el autor.

(omisis) La entrega de la obra al patrono o a quien encarga la creación, según corresponda, implica la autorización para que éstos puedan divulgarla, así como ejercer los derechos a que se refieren los artículos 21 y 24 de esta Ley y la de defender los derechos morales, en cuanto sea necesario para la explotación de la obra”.

- Normas análogas las encontramos en las legislaciones sobre derecho de autor de Colombia (1993: Artículos 20, 91 y 92), Chile (1992: Art. 8), Ecuador (1998: Artículos 16 y 29), Honduras (1993: Artículo 32), Panamá (1994: Artículo 18), Paraguay (1998: 14 y 69), Perú (1994: Artículo 71); entre otras.

3. Derechos conferidos

El régimen del derecho de autor contempla dos áreas de derechos de naturaleza distinta (Baylos: 1978): los denominados derechos morales y los derechos patrimoniales.

Los llamados Derechos Morales (Fuentes: 1999), se encuentran consagrados en el Artículo 6 *bis* del Convenio de Berna, Capítulo IV de la Dec. 351 y el Capítulo II Sección I de la Ley venezolana sobre el derecho de autor. Los dos principales (más no los únicos) son: el Derecho de Paternidad⁴ y el de Integridad de la Obra⁵.

Los denominados Derechos Patrimoniales, tienen una naturaleza ilimitada, es decir, cualquier aprovechamiento económico de la obra, es un derecho exclusivo del autor o de quien ostente la titularidad, basados en la interpretación del artículo 23 de la Ley sobre el derecho de autor venezolana, el cual expresa que el autor tiene el derecho exclusivo de “*(omisis) explotar su obra en la forma que le plazca y de sacar de ella beneficio*”, asimismo, la Dec. 351 CAN, Artículo 13, contempla una serie de actividades que el autor o el titular tienen derecho exclusivo de reali-

- 4 Facultad que posee el autor de una obra del ingenio de ser reconocido como tal. Este derecho presenta dos aspectos: un aspecto positivo, el cual está representado por la facultad del autor de ser reconocido como el creador de una obra del ingenio y en consecuencia, de vincular su nombre con la difusión de la obra bajo cualquier medio, y un aspecto negativo, en virtud de no tener el autor la obligación de vincular su nombre con la obra, sino sólo un derecho, una facultad, lo que permite al autor no utilizar su nombre para identificar al creador de esa obra, lo cual puede ser mediante la publicación de una obra anónima (sin nombre alguno) o una seudónima (con nombre distinto al nombre civil del autor).
- 5 Es la facultad que tiene el autor de prohibir toda modificación de la obra. Existen dos corrientes interpretativas, la *Concepción Objetiva*: Es aquella que protege la obra contra deformaciones, mutilaciones u otras modificaciones que de *una manera objetivamente comprobable*, puedan generar perjuicios contra el honor o la reputación del autor y la *Concepción Subjetiva*: Es aquella que protege la obra contra cualquier modificación o deformación, *sin condicionamiento alguno*. El Convenio de Berna, en el artículo 6 bis, acoge el primero de estas concepciones, ya que establece, el derecho del autor de “*(omisis) oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación*”.

zar, tales como: la reproducción, comunicación pública, distribución, alquiler, importación, traducción y transformación de la obra⁶.

3.1. La reproducción de la obra

El Convenio de Berna, en su artículo 9.1, establece que “*los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma*”.

La legislación venezolana establece una definición sobre la reproducción (1993: Art. 41), entendida esta como la “*fijación material de la obra por cualquier procedimiento que permita hacerla conocer al público u obtener copias de toda o parte de ella*”.

No sólo la duplicación en forma impresa sin el consentimiento del titular del derecho es considerada violatoria al derecho de reproducción sino también toda grabación sonora, visual o electrónica.

Así, si una obra se encuentra en material impreso (libro) y es copiado en un sistema electrónico (computadora), será violatoria al derecho del autor, igualmente en el caso de una obra bidimensional cuando la misma es expuesta en forma tridimensional (un cuadro es representado en una escultura o los planos arquitectónicos y su materialización en la construcción del proyecto).

Para evitar confusiones la ley sobre derecho de autor venezolana, prevé un listado no taxativo, de medios empleados para la reproducción, entre ellos (1993: Art. 41): “*(omisis) imprenta, dibujo, grabado, fotografía, modelado o cualquier procedimiento de las artes gráficas, plásticas, registro mecánico, electrónico, fonográfico o audiovisual, inclusive el cinematográfico*”.

Por ello, entendemos que la reproducción consiste en la materialización del *corpus mysticum* (el bien inmaterial) en un soporte material o *corpus mechanicum*, lo cual puede ser realizado en una o en varias copias de la totalidad de la obra o de una parte de la misma, independientemente de su finalidad (educativa o comercial) y de los medios empleados.

En la legislación comparada la encontramos prevista expresamente, en todas las legislaciones de Iberoamérica, siendo de destacar las normas previstas en las legislaciones de Bolivia (1992: Art. 16): “*El derecho de reproducción consiste en la multiplicación y fijación material de la obra por cualquier procedimiento que permita hacerla conocer al público como la imprenta, fotografía, grabado, litografía, cinematografía, fonografía, cinta magnética con sonidos, imágenes o ambos, o cualquier otro medio de reproducción*”, España (1996: Art. 18): “*Se entiende por reproducción la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación y la obtención de copias de todo*

6 Por motivos de limitación en la extensión del presente artículo, sólo se analizarán los derechos patrimoniales de los titulares de los programas de computación.

o parte de ella”, México (1996: Art 27.I), establece entre los derechos de los titulares del derecho de autor a: “*La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar*”; Panamá (1994: Art. 39): “*El derecho de reproducción comprende todo acto dirigido a la fijación material de la obra por cualquier medio o procedimiento, o la obtención de copias de toda o parte de ella (omisis)*” y Perú (1996: Art. 32): “*La reproducción comprende cualquier forma de fijación u obtención de copias de la obra, permanente o temporal, especialmente por imprenta u otro procedimiento de las artes gráficas o plásticas, el registro reprográfico, electrónico, fonográfico, digital o audiovisual. La anterior enunciación es simplemente ejemplificativa*”.

El derecho de reproducción, frente a los programas de computación, presenta dos excepciones⁷: a) Se permite la reproducción de una sola copia del programa, siempre y cuando, sea con fines de resguardo o seguridad (*Back up*); b) La introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal⁸.

3.2. La comunicación pública de la obra

Se considera comunicación pública, a todo acto por el cual una pluralidad de personas puedan tener acceso a la obra, siendo la Dec. 351 más específica al respecto, al establecer que: “*Se entiende por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas, reunidas o no en un mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas*”.

Mientras, el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996), contiene una delimitación más adaptada a los nuevos tiempos, ya que establece en su artículo 8: “*(omisis) los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija*”.

La Dec. 351 y legislación autoral venezolana, contemplan una serie de conductas que representan actos de comunicación pública, ello para una mayor comprensión de los interpretres y mayor claridad legal del concepto, entre ellas destacamos: La emisión⁹ por radiodifusión o por cualquier otro medio que sirva para la di-

7 Ley sobre Derecho de Autor, artículo 44 Ord. 5º y 6º y la Decisión 351 CAN, artículos 24 y 26.

8 El uso personal es la utilización en cualquier forma de la obra, por parte de un adquirente del soporte material contentivo de la misma, exclusivamente para el propio uso de un individuo.

9 Es la difusión a distancia de sonidos o de imágenes y sonidos para su recepción por el público, y comprende la producción de señales desde una estación terrestre hacia un satélite de radiodifusión o de telecomunicaciones (Art. 3 y 15 Dec 351 CA).

fusión inalámbrica de signos, imágenes o sonidos; la proyección o exhibición pública de las obras cinematográficas o audiovisuales; la exposición pública de obras de arte o sus reproducciones¹⁰; la emisión o transmisión, en lugar accesible al público mediante cualquier instrumento idóneo, de la obra difundida por radio o televisión; la transmisión de obras al público por hilo, cable, fibra óptica u otro procedimiento análogo, sea o no mediante abono; la retransmisión, por cualquier medio que sirva para la difusión de una obra radiodifundida por una entidad emisora distinta de la originaria; las representaciones escénicas, disertaciones y ejecuciones públicas de las obras dramáticas, dramático-musicales, literarias y musicales.

Otra de las conductas tipificadas como Comunicación Pública es: “El acceso público a bases de datos de ordenador por medio de telecomunicación, cuando éstas incorporen o constituyan obras protegidas”¹¹.

El acceso público a esas bases de datos, generalmente sucede a través de las *superautopistas de la información*, la cual es la expresión utilizada para designar a los servicios de telecomunicación, basados en transmisiones digitales, con una altísima velocidad, que permite la interacción entre quien suministra la información y quien la recibe, así como la interconexión directa de los diversos usuarios, siendo capaz de procesar cualquier clase de datos enviados (texto, video, audio). Uno de estos nuevos medios, es la denominada Internet.

La *Internet* como medio de comunicación se diferencia de otros con capacidad de transmitir información por más de una forma (texto, audio, gráficos, animación y video de pleno movimiento), en que, por este medio, cualquier usuario podrá reproducir o poner en circulación electrónica, la obra, siendo difícil para el titular de los derechos, un control sobre la utilización del mismo.

Un listado enunciativo sobre las actitudes que representan a la comunicación pública, lo encontramos en las legislaciones nacionales de: Bolivia (1992: Art. 17); Costa Rica (1982: Art. 16 Ord. Ch); El Salvador (1993: Art. 9); España (1996: Art. 20); Honduras (1999: Art. 39 Num. 5); México (1996: Art. 27 Num. I); Panamá (1994: Art. 38); Perú (1996: Art. 33) y República Dominicana (2000: Art. 20 Ord. e), entre otras.

3.3. La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler

Consiste en la facultad que posee el autor o titular del derecho, de controlar la puesta a disposición al público del original o copias de su obra, mediante su

10 En este supuesto de comunicación pública es importante destacar que el adquirente de una obra de arte tiene el derecho de la exposición pública de la misma sea a título gratuito u oneroso, salvo pacto en contrario (presunción *iuris tantum*), lo que representa una limitación a los derechos patrimoniales del creador.

11 LDA Ven Art. 40 Num. 8.

venta u otra forma de transmisión de la propiedad, alquiler u otra modalidad de uso a título oneroso.

El Convenio ADPIC establece en su Art. 11: “*Al menos respecto de los programas de ordenador y de las obras cinematográficas, los Miembros conferirán a los autores y a 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*”.

El ADPIC limita este derecho sólo a dos clases de obras: las obras cinematográficas (no a las audiovisuales, en general, sino específicamente a las realizadas para su proyección) y a los programas de ordenador (por lo cual no se incluye a las bases de datos). Además, permite que los países miembros establezcan que los alquileres que no tengan una naturaleza comercial o lucrativa, puedan darse con respecto a estas obras, lo cual podría permitir, que una fundación por el conocimiento de la computación, alquile una serie de programas de computación, por ser este alquiler carente de finalidad comercial, con los perjuicios pecuniarios sobre los titulares legítimos del derecho de autor.

El nuevo Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996) contiene una norma similar a la prevista por el Convenio ADPIC, aunque agregando a las obras que gozarán de estos derechos a las: “*obras incorporadas a un fonograma*”¹².

A nivel de Iberoamérica, el derecho de distribución es previsto por la Dec. 351: Art. 13 Ord. c) de la siguiente forma: “*La distribución pública de ejemplares o copias mediante la venta, arrendamiento o alquiler*” y por las legislaciones nacionales de: Costa Rica (1982: Artículo 16 Ord. E); El Salvador (1993: Artículo 7 Ord. D); España (1996: Artículo 19.1); Honduras (1999: Artículo 39 Numeral 6); México (1996: Artículo 27 Numeral IV); Panamá (1994: Artículo 40); Perú (1996: Artículo 34); República Dominicana (2000: Artículo 20 Ordinal F) y Venezuela (1993: Artículo 41).

3.4. La importación de copias de la obra protegida

El Convenio ADPIC, prevé como vinculante para sus Estados miembros el adoptar medidas de protección en fronteras, a favor del titular del derecho de autor, para evitar la importación de mercancías piratas¹³ que afecten sus derechos.

El titular del derecho de autor puede variar de un país a otro, siendo la explotación de la obra en su territorio lícita, pero, la importación y la exportación de la obra, como derecho autónomo e independiente del resto de los derechos patri-

12 Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA) Art. 7.

13 “*Se entenderá por mercancías piratas que lesionen el derecho de autor cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación*”. Nota del Acuerdo sobre los ADPIC número 14 b.

moniales previsto a favor del autor, debe encontrarse explícitamente previsto en el contrato firmado entre las partes, lo contrario, es limitativo para el ejercicio de esas facultades. Cuando se importan obras lícitas en el país productor, pero, ilícitas en el país receptor, hablamos del “mercado gris”¹⁴, también conocido como importaciones paralelas.

Entre las legislaciones nacionales de Iberoamérica, encontramos expresamente previsto esta facultad en la Dec. 351 (1994: Art. 13 Ord. d) de la siguiente manera: “La importación al territorio de cualquier País Miembro de copias hechas sin autorización del derecho”¹⁵ y en las leyes nacionales de: El Salvador (1993: Art. 7 Ord. e), la cual incluye entre los derechos patrimoniales del autor o su titular: “La de importar, exportar o autorizar la importación o exportación de copias de sus obras legalmente fabricadas, y la de evitar la importación y exportación de copias fabricadas en forma ilegal”. Esta es la única legislación, por lo menos en Iberoamérica, que establece la facultad de prohibir la circulación de obras legítimamente reproducidas, aunque no así importadas; México (1996: Art. 27 Num. V) el cual establece como un derecho patrimonial a: “La importación al territorio nacional de copias de la obra hecha sin su autorización”; mientras que Perú (1996: Art. 35) contempla: “La importación comprende el derecho exclusivo de autorizar o no el ingreso al territorio nacional por cualquier medio, incluyendo la transmisión, analógica o digital, de copias de la obra que hayan sido reproducidas sin autorización del titular del derecho. Este derecho suspende la libre circulación de dichos ejemplares en las fronteras, pero no surte efecto respecto de los ejemplares que formen parte del equipaje personal”; entre otras legislaciones.

3.5. Derecho de transformación

El denominado derecho de transformación permite al autor decidir sobre la posibilidad de la creación de obras derivadas de su creación, bien por su traducción, adaptación, o cualquier otra modificación de la misma.

Este derecho es de consagración casi universal, ya que se encuentra prevista en el Convenio de Berna, en su Art. 8: “Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de hacer o autorizar la traducción de sus obras mientras duren sus derechos sobre la obra original” y su Art. 12: “Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras”.

14 Diferente del Mercado Negro, ya que en este caso, la conducta es completamente ilícita en todos los países que protejan la obra, independientemente que el titular del derecho sea distinto en cada nación.

15 Lamentándolo mucho, el derecho contemplado en la normativa andina, sólo prevé el derecho a prohibir la importación de copias piratas, lo cual permitirá la importación paralela de obras reproducidas legalmente.

Mientras, la mayoría de las legislaciones de Iberoamérica la consagran de manera expresa, siendo de destacar las leyes de:

- *Argentina*: “El titular conserva su derecho de propiedad intelectual, salvo que lo renunciare por el contrato de edición. Puede traducir, transformar, refundir, etcétera, su obra (omisión)” (1933: Art. 38).
- *Colombia*: el autor tendrá el derecho de autorizar o prohibir: “b) La traducción, arreglo o cualquier otra forma de adaptación de la obra” (1982: Art. 76).
- *Chile*: “Solo el titular del derecho de autor (omisión) tendrá el derecho de (omisión): c) Adaptarla a otro género, o utilizarla en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción” (1992: Art. 18).
- *España*: “La transformación de la obra comprende su traducción, adaptación o cualquier otra modificación en su forma de la que se derive una obra diferente” (1996: Art. 21).
- *Perú*: “El autor tiene el derecho exclusivo de hacer o autorizar las traducciones, así como las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de su obra, inclusive el doblaje y el subtítulo” (1996: Art. 36).

4. Licenciamientos del software

Los programas de computación, como obras intelectuales, no son posibles de venta, sino de cesión o licenciamiento sobre los derechos de exclusiva que recaen sobre el signo distintivo (en caso de marcas), el invento (en caso de patente) o de la obra (en caso del derecho de autor).

Igualmente, en el transcurso de este trabajo, se ha reiterado que el software es una obra protegida por el derecho de autor, por ello, la figura jurídica de la venta no es la aplicable, sino las denominadas licencias o cesiones.

Las cesiones son figuras jurídicas por medio de las cuales se transfieren la totalidad de los derechos que se posean sobre un bien particular. En el caso del derecho de autor, existen una serie de derechos que no pueden ser cedidos, como lo son los denominados derechos morales, pero en este caso, el autor cede todos sus derechos de índole patrimonial, por tiempo definido o por toda su duración (recuérdese que los derechos patrimoniales del autor son por tiempo determinado).

Las cesiones pueden ser legales (aquellas previstas por la legislación) o convencionales (realizadas por contrato), así ejemplo de las primeras son las cesiones laborales y las de obras hechas con contrato, mientras que ejemplo de las segundas, son las cesiones realizadas por autores o sus representantes de obras ya realizadas (es decir, realizadas con anterioridad a la firma del contrato).

La licencia puede ser definida como una figura contractual por medio de la cual un titular de derechos intelectuales (patentes, marcas, variedad vegetal, software, libro, etc.) le faculta a otro denominado licenciataria, el uso de ciertos derechos sobre el bien inmaterial. La Ley sobre Propiedad Intelectual de Ecuador

(1998: Art. 7) establece la siguiente definición de licencia: “*Autorización o permiso que concede el titular de los derechos al usuario de la obra u otra producción protegida, para utilizarla en la forma determinada y de conformidad con las condiciones convenidas en el contrato. No transfiere la titularidad de los derechos*”.

Las licencias pueden ser clasificadas en: voluntarias o legales (siendo estas últimas una verdadera excepción a la regla, prevista por un número reducido de legislaciones).

En el caso particular del software, las licencias están referidas al derecho a utilizar dicho programa, y son denominadas como “*licencias de uso*”. Algunas legislaciones iberoamericanas, la regulan o nombran en sus propias normas de manera general, así: Argentina (1933: Art. 9 y 55 bis), Brasil (1998: Arts. 9 al 11), Ecuador (1998: Art. 46), Panamá (1994: Art. 61), México (1996: Art. 30), entre otros.

Las cláusulas más frecuentes dentro del licenciamiento, están referidas al tipo de “*uso*” que se le permite realizar al “*usuario*”, al número de copias permitidas, etc.

A pesar que las licencias (generalmente) son contratos de adhesión, existen ciertas limitaciones legales a los derechos del titular del software, para beneficio de los usuarios o licenciatarios, así, la mayoría de las legislaciones iberoamericanas han contemplado las siguientes excepciones¹⁶:

1. Copia de Respaldo o Copia de “Back up”: Consiste en el derecho o facultad del usuario legítimo del software (quien lo haya comprado por las vías legales), para realizar una copia del mismo, con la finalidad de resguardo (por ello es denominada copia de seguridad), no pudiéndolo utilizar en otras computadoras o unidades lectoras. Esta excepción se encuentra de manera expresa en las legislaciones de: Argentina (1933: Art. 9), Brasil (1998: Art. 6 Num. I), Bolivia (Dec. 351: Art. 24), Colombia (Dec. 351: Art. 24), Chile (1992: Art. 47), Ecuador (1998: Art. 30 Ord. A); España (1996: Art. 100 Numeral 2), Honduras (1999: Art. 34), Guatemala (1998: Art. 32), México (1996: Art. 105 Num. II), Nicaragua (1999: Art. 39), Panamá (1994: Art. 48 Núm. 7), Paraguay (1998: Art. 71), Perú (1996: Art. 74), Venezuela (1993: Art. 44 Num. 5), entre otras.

2. Adaptaciones: Es la facultad que tiene el usuario legítimo del software, para realizar una adaptación del mismo, con la finalidad de ajustarlo a sus necesidades, empero, esta adaptación sólo podrá ser de uso personal de quien la realizó. Para su comercialización deberá de contar con la autorización del titular del software adaptado. Lo prevén las legislaciones de: Brasil (1998: Art. 6 Num. IV), Bolivia (Dec. 351: Art. 24 y 27), Colombia (Dec. 351: Art. 24 y 27), Chile (1992: Artículo 47), Ecuador (1998: Artículo 30 Ord. C); España (1996: Art.

¹⁶ Toda cláusula en contrario, se considerará nula de nulidad absoluta (por ser contrarias a las disposiciones legales vigentes en el país respectivo).

100 Numeral 1), Honduras (1999: Art. 34), Guatemala (1998: Art. 34), Nicaragua (1999: Art. 39), Panamá (1994: Art. 53), Paraguay (1998: Art. 71 y 72)¹⁷, Perú (1996: Art. 74 y 75)¹⁸, Venezuela (Dec. 351: Art. 24 y 27), entre otras.

3. Reproducción Lícita del código para la interoperabilidad de un programa: Esta es una facultad que excede del límite subjetivo propio de la relación usuario – titular de derechos sobre el software, abarcando a terceros, que en este caso serían programadores, los cuales tendrán el derecho a reproducir una parte del software (la estrictamente necesaria para la interoperabilidad), con la finalidad de permitir que su programa de computación pueda ser ejecutado desde un sistema operativo (Windows, Unix, MSDOS, OS/2, etc.) sin ningún problema. La intención de dicha limitación a los derechos del titular del software, es permitir una mayor competencia entre productores de programas de computación. Lo prevén las legislaciones de España (1996: Art. 100 Numeral 5) y Perú (1996: Art. 76).

4. Copia en la Memoria Rom y en la Memoria Ram: El almacenamiento del software (o por lo menos, de una parte de él) en la memoria ROM del computador, es una condición necesaria para permitir la operabilidad del mismo. Igualmente, al activarse el programa de computación, se realiza una copia (de partes del software) en la memoria RAM. Al ser estas reproducciones no voluntarias del usuario, sino condiciones *sine qua non* de carácter técnico para el normal funcionamiento de dichos programas, es correcto establecerlas como una limitación a los derechos patrimoniales del titular del derecho de autor. De manera expresa, establecen esta limitación las legislaciones de: Bolivia (Dec. 351 Art. 26), Colombia (Dec. 351 Art. 26), Ecuador (1998: Art. 30 Ord. B), Guatemala (1998: Art. 33), Paraguay (1998: Art. 70), Perú (1996: Art. 73), Venezuela (Dec. 351 Art. 26), entre otras.

Referencias Bibliográficas

Baylos Corroza, Hermenegildo (1993). **Tratado de Derecho Industrial**. 2da Edición. Editorial Civitas. Madrid.

Fuentes Pinzón, Fernando (1999). **Los Derechos Morales**. Breviario del Derecho de Autor. Editorial Livrosca. Caracas – Venezuela. Págs. 77 – 101.

_____ (2002). ¿Por medio de cual rama jurídica debe protegerse al software? *Informática & Internet*. Editorial Adcoas. 2002. Rio de Janeiro – Brasil. Pags. 329 – 342.

¹⁷ La legislación paraguaya es la única que establece que dicha limitación será aplicable, sólo si, no se encuentra prohibido de manera expresa en la licencia, por lo cual más que una limitación legal, puede entenderse como una norma interpretativa de los contratos de licencia.

¹⁸ El primero de los artículos versa sobre la adaptación lícita que puede realizar el usuario legítimo, para que el programa por él adquirido pueda ser utilizado. El Art. 75, establece la adaptación para la corrección de errores y para su uso por parte del usuario (personalizarlo para resolver las necesidades específicas del usuario), sin embargo, para que esta última adaptación pueda considerarse como legítima no deberá de estar expresamente prohibido por el titular del derecho (en la licencia) y el uso debe ser personal.

Lipszyc, Delia (1993). **Derecho de Autor y derechos conexos**. Ediciones Unesco-Cerlalc - Zavalia. Buenos Aires.

OMPI (1982). **Glosario de derecho de autor y derechos conexos**. Publicaciones OMPI. Ginebra.

Legislaciones

Argentina (1933). Ley 11.723 (Ley de propiedad Intelectual).

_____ (1998). Ley 25.036 que reforma a la Ley 11.723 (Ley de Propiedad Intelectual). Publicada en el Boletín Oficial el 11/11/1998.

Brasil (1998). Ley 9.609 (Ley de Programa de Ordenador).

Bolivia (1992). Ley N° 1322 del 13 de Abril de 1992 (Ley sobre Derecho de Autor).

Colombia (1982). Ley 23 de 1982 (sobre Derecho de Autor).

_____ (1993). Ley 44 que reforma a la Ley 23 de 1982.

Comunidad Andina de Naciones (1993). Decisión Andina 351: Régimen Común sobre Derecho de Autor. Aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena, el 17 de diciembre de 1993.

Costa Rica (1982). Ley 6683 (Ley de derechos de autor y derechos conexos).

_____ (1994). Ley 7379 que reforma a la Ley 6683.

_____ (2000). Ley 7979 que reforma a la Ley 6683.

Chile (1970). Ley 17.336 (sobre Propiedad Intelectual).

_____ (1992). Ley 19.166 que reforma a la Ley 17.336.

Ecuador (1998).: Ley 83 (Ley de Propiedad Intelectual). Promulgada en el Registro Oficial N° 320 del martes 19 de mayo de 1998.

El Salvador (1993). Decreto Legislativo N° 604 (Ley de Fomento y Protección de la Propiedad Intelectual). Publicado en el Diario Oficial del 16 de agosto de 1993.

España (1996). Ley de Propiedad Intelectual 1386/1996. Publicada en el Boletín Oficial Español del 22/04/1996.

Honduras (1999). Decreto N° 44-99-E 1999 (Ley del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos).

Guatemala (1998). Decreto Legislativo 33/98 de 1998 (Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos).

México (1996). Ley Federal del Derecho de Autor de 1996. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24/12/96.

Nicaragua (1999). Ley N° 312 (Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos). Publicado en el Diario Oficial el 31 de agosto de 1999.

Panamá (1994). Ley 15 (Ley sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos). Publicada el 8 de agosto de 1994.

Derechos del titular del software y las licencias de uso en Iberoamérica

- Paraguay (1998). Ley 1328 (Ley de Derecho de Autor y Derechos Conexos).
- Perú (1996). Decreto Legislativo 822-96 (Ley sobre Derecho de Autor). Publicado el 24 de abril de 1996.
- República Dominicana (2000). Ley 65-00 (Ley sobre Derecho de Autor). Publicada en Gaceta Oficial N° 10056 del 24 de agosto del 2000.
- Organización Mundial del Comercio – OMC: (1994). Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).
- Organización Mundial Para la Propiedad Intelectual – OMPI: (1996). Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (TODA).
- Venezuela (1993). Ley sobre Derecho de Autor. Publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.638, del 1 de octubre de 1993.
- _____ (1995): Reglamento de la Ley sobre Derecho de Autor. Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 4.891, del 26 de abril de 1995.