

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR

Rodrigo Puchi Zurita
Abogado.
Magíster en propiedad industrial. U. De
Alicante.

Introducción

Los programas de ordenador o comúnmente conocidos como software representan una de las realidades en donde se ha dado una de las discusiones más arduas a nivel doctrinario. Si se considera que recientemente se rechazó en el Parlamento Europeo una Directiva que tenía por objeto regular la patentabilidad de los software, nos damos cuenta que la discusión sobre el particular es ardua y compleja. En este sentido, el mundo occidental se ha dividido entre la realidad norteamericana, en donde se aceptan patentes sobre cualquier tipo de tecnología, y la realidad europea en donde tienden a reflexionar en torno a la patentabilidad de las mismas, sobretodo considerando las normas prohibitorias de patentabilidad, centrándose la discusión en lo que dice relación a la seguridad jurídica de los titulares de las eventuales patentes. Por otro lado, la realidad empírica de muchos agentes mercantiles que producen software se ha centrado en su protección a través de la modalidad de los secretos empresariales, en donde a través del secreto de determinados códigos, se logra el fin deseado, cual es la exclusividad en la explotación de esta modalidad de creación intelectual.

Mercantilmente, estos programas de ordenador son particularmente atractivos, pues en la medida que se logre proteger un programa de ordenador, se obtendrá un privilegio con caracteres de monopolio sobre determinados procesos intelectuales. Para ello basta ver la evolución de los software y su incidencia en el PIB de los países. Así en la Comunidad Europea, en el año 1998 el valor de los programas de ordenador ascendía a 39.000 millones de euros. En un estudio reciente e invocado en la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva Europea sobre la patentabilidad de las invenciones implementadas en ordenador se señaló que:

“el número de trabajadores del sector en los países de Europa Occidental crecerá entre un 24% y un 71% en el periodo comprendido entre 1999 y 2003, con un crecimiento medio del 47%. Otra conclusión es que cada puesto de trabajo en dicho ámbito crea del orden de 2 a 4 puestos de trabajo en las fases posteriores de la economía y un puesto de trabajo en las fases anteriores”.

De lo anterior es claro que existe un interés real y concreto en el intento de los agentes empresariales de contar con herramientas legales de las cuales protegerse en los procesos de invención creativa.

En general, la protección sobre la propiedad industrial, que incluye la propiedad intelectual, es un tema que cobra cada vez mayor relevancia. Esta importancia nace no sólo de la necesidad de proteger la inventiva y creatividad humana, sino que el mercado en sí

mismo, en donde concurren diversos agentes empresariales que legítimamente desean proteger este intangible de clara incidencia económica.

Por su parte el ordenamiento jurídico no permanece ajeno a esta realidad, sobretodo si se considera que uno de los elementos del llamado orden público económico está representado por los derechos de las personas, en sus legítimas relaciones comerciales con sus competidores concurrenciales. Esta circunstancia ha sido claramente incluida en las normas de la Constitución Política, sobretodo en lo que dice relación con las normas constitucionales de orden programático. En primer término, se protege a la persona, y no sólo desde una perspectiva individual, sino que en cuanto a su relación sociológica que establece con el Estado. Es así que se impone a este último el deber de promover el bien común, y para ello deberá crear las condiciones sociales que permitan a todos los ciudadanos su mayor realización espiritual y material posible.

Con ello en la mira, es claro que la dignidad creadora de una persona es uno de dichos pilares esenciales del ordenamiento jurídico, de lo cual se sigue que es claramente deseable que se protejan las creaciones que emanan de dicha dignidad

Por otra parte, la garantía del artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República, en donde se tutela la libertad de desarrollar cualquier actividad, respetándose los límites impuestos por la moral, el orden público y la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. Esta declaración resulta especialmente relevante, pues el Constituyente establece límites, en donde la Ley juega un rol especial y protagónico.

Por otro lado, y empalmado con la idea anterior, es claro que en una economía de mercado en donde los beneficios provienen del posicionamiento mercantil, resulta previsible lo atractivo que puede ser titular de monopolios legales, pues a través de ellos se logrará obtener ventajas competitivas en relación a otros oferentes. Precisamente, una de las modalidades legales de adquirir una posición monopólica es la obtención de los derechos de propiedad industrial. La facultad o derecho subjetivo de exclusión es uno de los medios más deseados por los diversos agentes del mercado, y no es un antecedente menor el hecho que uno de los índices que miden el desarrollo de los países es aquel en donde existe un sistema económico en donde se respetan los derechos de exclusiva, a través de las patentes de los diversos agentes empresariales.

Aclarado lo anterior, podemos sentar las bases del presente estudio, por medio del cual resulta lógico el intento de la industria del software en determinar legalmente los derechos que tienen los “creadores” de software sobre dichos programas.

Problema de conceptualización.

Los software o programas de ordenador corresponden a una de esas típicas realidades económicas en donde el Derecho ha debido remover el fundamento de sus instituciones a fin de dispensar una debida protección al titular de intereses sobre el mismo. Desde el momento que la industria del software se ha erigido como una de las áreas más relevantes de la denominada sociedad de la información, ha resultado un desafío tanto para los autores como para la jurisprudencia, otorgar una correcta protección a sus creadores.

El esfuerzo de las diversas legislaciones en conferir protección al desarrollo de una determinada manifestación del intelecto ha sido uno de los temas que ha incidido de manera

esencial en la evolución de las sociedades. De allí que sea muy tentador para el neófito en la materia tender a pensar que por el solo hecho de pensar una idea, se le conferirá protección. Esa idea preconcebida debe ser descartada de plano, pues en el plano teórico, el concepto, la idea, el pensamiento en abstracto no goza de protección. Parafraseando al autor Hermenegildo Baylos, lo protegido son:

*“las combinaciones o disposiciones determinadas de elementos materiales que, al ser cumplimentadas por una determinada materia o energía, hacen nacer una entidad objetiva, independiente de su creador, dotada de valores artísticos, técnicos, industriales o mercantiles, que pueden ser gozados o utilizados por todos”.*¹

Es por ello que el Derecho debe ser lo suficientemente claro para que el pensador o creador sepa que sus realidades tangibles, producto de su intelecto, puedan gozar de protección. Es claro que el titular de derechos desea claramente saber cual es la férula de sus intereses tutelados a fin de hacerlos oponibles a terceras personas de la manera más rápida y expedita.

De lo anterior se deduce que el pilar estructural es la libertad individual de crear y difundir sus ideas, sin embargo no es un tema menor el conferir protección monopolística a quien materialice dicha realidad. Es por ello que entran en conflicto dos bienes jurídicos; por un lado la libertad de crear, y por otro los derechos de exclusiva que resulta legítimo tutelar al creador o inventor. En dicha ecuación, se debe considerar que la protección es restrictiva, en relación a la libertad creadora, y ello se justifica, por una razón de interés público, que tal como lo dijo ASCARELLI, dicho interés es el que:

*“explica por qué se protegen sólo algunas creaciones intelectuales (quiere decirse, sólo los tipos determinados de creaciones espirituales que especifica la Ley), en contraste con la apropiabilidad general de todas las cosas y energías que sean delimitables”.*²

Analizando derechamente el tema, es claro que en las tecnologías de la información la problemática está dada por el hecho que el sistema de patentes se erige como tutelador de realidades claramente delimitadas en las patentes otorgadas. De hecho la solicitud de patente debe ser autosuficiente en términos que un experto en la materia pueda reproducirla de su sola lectura. Sin embargo en el estadio actual de evolución de los programas de ordenador, esta realidad puede resultar insuficiente, pues en temas computacionales existen nuevos conceptos que pueden modificarse dinámicamente así mismos, tales como hardware reconfigurable, algoritmos genéticos o incluso redes neuronales. Por ello este sistema pudiera ser insuficiente. Sin embargo, en temas de derecho de autor, la discusión se centra a un trabajo que sea portador de una originalidad plasmada en una determinada obra. De allí

¹ BAYLOS, HERMENEGILDO, Hermenegildo, Tratado de Derecho Industrial, 2da. Edición actualizada, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1993.

² ASCARELLI, Teoría della concorrenza e dei beni immateriali, Milán, 1956, pp. 211, citado por Baylos en ob. Cit.

que sea claramente cuestionable para el intérprete clásico del derecho de autor, que un programas de ordenador quepa dentro de dicha nomenclatura.

En torno a su protección como patente.

Establecido lo anterior, resulta útil considerar que las patentes surgen como instituciones jurídicas tendientes a dar protección a quien crea, inventa soluciones de los problemas de la técnica.

Más allá de la distinción en torno a que el sujeto activo de protección es el inventor por la obtención del monopolio, o la sociedad, como beneficiaria en la obtención de beneficios como consecuencia de dicha técnica novedosa, resulta un elemento cierto el hecho que *“la experiencia de todos los países ha demostrado que un derecho de patentes bien orientado estimula de un modo eficaz los progresos técnicos y el florecimiento de la industria, mientras la falta de una protección verdadera, por una parte apaga el espíritu de inventiva”* y, por otra *“favorece el mantenimiento secreto de las invenciones”*³.

Como señaló Baylos⁴ el fundamento de los ordenamientos jurídicos en dispensar de protección es *“fomentar que las invenciones se comuniquen a la sociedad y no permanezcan secretas u ocultas, reservándolas el inventor para sí.”*

Resumiendo, existe una ventaja para el titular de una patente en que su protección le confiere una exclusiva sobre su invención, limitada temporalmente en el tiempo; por otro, el beneficio de la sociedad quien, aún cuando deba reditar al titular de la patente, gozará de los beneficios que importa una nueva técnica.

En la actualidad, existe un consenso en torno a que la patente corresponde al despliegue de elementos intelectuales que combinados de manera racional, son capaces de señalar las condiciones que se debe cumplir para modificar una realidad física, incidiendo en la solución de un problema de la técnica. De allí que las invenciones normalmente son de dos categorías. La primera, invenciones de productos señalan como debe ser la realidad física del mismo (configuración, elementos); y la segunda, invenciones de procedimiento, señala la manera en que debe desplegarse la actividad física para el manejo de una realidad material.

Es más, resulta también consensual el establecimiento de los requisitos de patentabilidad, cuales son la novedad, el nivel o altura inventiva y la aplicación industrial. La novedad se refiere a que la invención no haya sido divulgada con anterioridad en el estado de la técnica. Este concepto se encuentra regulado con caracteres de igualdad en los países miembros de la Unión de París. Nivel inventivo, dice relación a que la invención debe ser de tal entidad, que signifique un verdadero aporte a la técnica, y no una mera

³ OTTO GIERKE, Deutsches Privatrecht, Munich y Leipzig, 1936.

⁴ Ob. Cit. Pp.688 y ss.

modificación de lo ya existente. Aplicación industrial, está referido a que la invención debe ser aplicada a una determinada realidad técnica, y que solucione un problema de la misma.

La patente, como monopolio legal, es el resultado de un largo esfuerzo de parte del inventor en donde se deben cumplimentar una serie de requisitos legales tendientes a que la invención sea autosuficiente, en los términos señalados con anterioridad, y además el señalamiento de una serie de detalles estructurales y características que la diferencian del estado del arte previo. Todos estos presupuestos son objeto de análisis de un examinador, quien verá si la solicitud es portadora y cumple con todos estos requisitos.

Tal vez la característica más clara de la protección a través de esta vía es que el titular puede controlar el uso de la tecnología patentada. Cabe recordar sobre el particular que los derechos de propiedad industrial deben ser mirados desde una doble perspectiva. En una perspectiva positiva, el titular se encuentra habilitado para gozar de un “derecho exclusivo para producir, vender o comerciar en cualquier forma el producto u objeto protegido, para realizar cualquier otro tipo de explotación del mismo y para celebrar cualquier tipo de actos sobre el derecho que se le ha conferido” (art. 87 Reglamento Ley 19.039). En una perspectiva negativa, es claro que terceras personas se encuentran imposibilitadas para realizar estas conductas, sin mediar una autorización expresa de parte del titular de derecho. Estos derechos han sido defendidos por parte de sus titulares, e incluso en la actual legislación son objeto de tutela penal por parte del ordenamiento jurídico, en donde se sanciona incluso quien defraudare “imitando una invención patentada”(art. 52, letra d), Ley 19.039). Con esto queremos realzar la importancia de la tutela a través de las patentes de invención, pues no sólo se sanciona a quien copia un producto o realiza las mismas etapas de un procedimiento de patentes, sino también a quien imita dichas categorías. Esta forma de protección ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial, en donde la doctrina y la jurisprudencia han dado innumerables respuestas tendientes a solucionar la problemática de la imitación, siendo una de las más relevantes la “teoría de los equivalentes”. Sin embargo, no abordaremos esa problemática, pues claramente excede el contenido de esta exposición, y se trata de un tema doctrinario que es abordado en otra ponencia de este artículo. Lo que queremos dejar en evidencia es que a través de la modalidad protectora de las patentes, la legislación es muy drástica, protegiendo a través de formas muy específicas a quien violenta un derecho de esta naturaleza.

A nivel práctico, las principales formas a través de las cuales se han usado las patentes son a través de la obtención de patentes de software, diseño de circuitos integrados, dispositivos y tarjetas periféricas (controladores de disco, unidades CD-ROM, aceleradores 3D, routers, etc. Sin embargo el problema principal de esta forma de tutela está representado por las dificultades que representa patentar un algoritmo, pues entrapa con las prohibiciones clásicas del derecho de patentes. Considérese que bajo la actual legislación, se establece un catálogo de prohibiciones, que será mantenido en la nueva normativa que entrará en vigencia bajo la Ley N° 19.996, en donde se prohíbe la patentabilidad de:

“Los sistemas, métodos, principios o planes económicos, financieros, comerciales de simple verificación y fiscalización; y los referidos a las actividades puramente mentales o intelectuales o a materias de juego.”

Esta norma prohibitoria que es compartida por los diversos ordenamientos jurídicos comparados deja en evidencia que el objeto de protección es la idea materializada en algo concreto, y no como una mera entelequia. Tal como fue esbozado más arriba, el derecho de autor protegerá la idea materializada en una obra original, en donde se manifiesta la impronta de su autor. Por su parte el derecho de patentes protegerá al inventor en la medida que su producto o procedimiento sea capaz de solucionar un problema técnico concreto. En este punto, se suele señalar que lo protegido es *“la idea en sí misma, por lo que tiene de solución técnica, con independencia total de la forma en que la idea pueda ser precisada”*⁵. Con esto queremos evidenciar que es claro que se protege la idea, pero en la medida que esté debidamente singularizada, en términos que represente un aporte empírico al desarrollo de la determinada ciencia o arte.

Por ello, en la problemática de los software se evidencia una clara falencia. Estos contienen normalmente algoritmos, que conforme a la definición brindada por el Diccionario de la Real Academia Española corresponde a *“conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”*. Por ello, en un programa de ordenador que está compuesto de un sinnúmero de algoritmos es claro que se puede caer fácilmente en la protección de estos pensamientos plasmados de manera ordenada y finita. De allí que para el intérprete sea fácil colegir que un programa de ordenador es la suma de algoritmos, hipótesis fáctica claramente subsumible en la prohibición señalada con anterioridad.

Por otro lado, se sostiene que el sólo hecho que una patente contemple un algoritmo no puede representar un obstáculo para su concesión. Para ello se arguye que un algoritmo puede ser la base de una invención plasmada en un ordenador y de allí que su campo de aplicación sea específico y determinado, siendo precisamente uno de los presupuestos para que una solicitud sea aceptada como patente. De allí que si un algoritmo es considerado como una entidad abstracta carente de sustento físico en una determinada realidad material, se mantendrá en dicho nivel y claramente no podrá ser objeto de protección vía patente. Por el contrario, si dicho algoritmo descende a una realidad específica será merecedor de tutela legal, *máxime* si se considera que las patentes confieren un derecho limitado al área de la ciencia de que se trata.

Sin embargo, y dada la importancia que puede representar la protección de los software a través de la legislación de patente, los diversos instrumentos internacionales, tal vez influenciados por los gigantes de los software, han cedido a las presiones y han comenzado a incorporar en sus normas la posibilidad de registrar por esta vía esta forma de creación industrial. Es así que el artículo 27 del “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio”, conocido comúnmente como TRIPS, señala que:

“Materia patentable

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial...”

⁵ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. OB. Cit. Pp. 697.e

Esta norma ha servido de sustento legal y doctrinario en pos de la protección de los programas de ordenador a través del mecanismo de las patentes.

Lo concreto a nivel de derecho comparado es que la protección de las patentes a cualquier campo de la tecnología está supeditado a lo que las realidades de dichos países representa. Así por un lado, en Estados Unidos el panorama es más simple, en cuanto una invención por el sólo hecho de ser tecnológica, satisface los presupuestos para ser aceptada como tal. Por su parte, en Europa la realidad es disímil, pues es presupuesto esencial que la invención represente una contribución técnica, cuestión que es compartida por Japón, en donde existe una forma de interpretar la norma en términos que la invención debe representar una creación avanzada de elementos técnicos, mediante la cual se aplica una ley natural.

Sin embargo, el tema no es pacífico y ha sido objeto de discusión jurisprudencial, básicamente por lo señalado, en cuanto a que los programas de ordenador pareciera, en opinión de alguno, caer dentro de la férula de las prohibiciones. Sin embargo, la tendencia que ha tendido a imponerse es la contraria. Es así que incluso a nivel europeo, la discusión parece zanjarse a favor de la patentabilidad de los programas de ordenador, pues la supuesta “falta de carácter técnico” de que podrían adolecer los programas de ordenador, se ve superada por las conclusiones obtenidas del asunto “Controlling pension benefits system” (Decisión T-0931/1995 del 8 de septiembre del año 2000) en donde se sostuvo que los programas que se ejecutan en ordenador son patentables por definición, toda vez que el computador es una máquina. No obstante ello, y como parece suceder, las realidades jurisprudenciales del “common law” parecen llegar a soluciones contrapuestas con el sistema “continental” representado por los Tribunales Alemanes. En el caso del Reino Unido, en los casos Merrill Lynch y Raython Co’s Application se considera que una invención relacionada con programas de ordenador, aún cuando esté referida a métodos para el ejercicio de actividades económicas o intelectuales no es patentable, aún cuando representen una contribución técnica.

Por su parte, la jurisprudencia alemana parece no excluir la posibilidad de que los métodos comerciales con contenido técnico sean patentable, cuando la única contribución de la invención sea de carácter no técnico. Cabe señalar que este criterio fue modificado por el Bundergerichthof (Tribunal Superior de Justicia), asimilando su criterio al de la Oficina Europea de Patentes, en cuanto a que la contribución técnica inventiva es un presupuesto esencial para la actividad inventiva. Lo relevante de esto, es que ni siquiera en Europa en donde se realizan los mejores esfuerzos en homogeneizar sus normas y criterios, se logra obtener una interpretación pacífica en torno a los programas de ordenador.

En torno a su protección como Derecho de Autor.

El derecho de autor está referido a aquellas creaciones del intelecto que se materializan en una obra que debe ser original. Tal como señala Lipszyc⁶:

“El derecho de autor protege las creaciones expresadas en obras literarias, musicales, científicas y artísticas, en sentido amplio, y nace con la obra misma, como consecuencia del acto de creación y no por el reconocimiento de la autoridad administrativa, aunque se pueden establecer formalidades con distintos propósitos”.

Como se puede apreciar, el derecho de autor centra su atención en lo que se denomina acto de creación, plasmado en una obra determinada, concurriendo la necesaria originalidad. Este último requisito resulta esencial para la protección a través del derecho de autor. Este elemento es objeto de ardua discusión por parte de la doctrina, pues intentar delimitarlo con caracteres de generalidad, resulta ser una tarea ardua para el intérprete. Sobre el particular, la autora Lipszyc señaló⁷:

“..Es suficiente con que la obra tenga originalidad o individualidad: que exprese lo propio de autor, que lleve la impronta de su personalidad. La originalidad es una noción subjetiva; algunos autores prefieren utilizar el término individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo individual y propio de su autor”

De los términos señalado, es claro que la originalidad o individualidad es el presupuesto esencial, y su calificación de tal estará determinado en función de la obra específica que se trate. Lo concreto es que la tendencia doctrinal va encaminada a que la obra sea original en el sentido que la misma pertenezca a su autor y no sea copia o plagio de otra, de manera tal que se refleje la personalidad del autor, pudiendo apreciarse su impronta personal.

Asimismo, y desde el punto de vista formal, la obra debe encontrarse en un objeto material, pues es evidente que la obra debe ser exteriorizada a fin de tomar contacto con la misma.

Lo relevante es que la protección de las obras a través del derecho de autor se refiere a las expresiones de las ideas, que suponen el despliegue de un trabajo creativo, tales como una obra literaria, una fotografía, un cuadro. A través de las obras, el artista va plasmando su especial visión de la realidad, a través de materialidades en las cuales se va materializando la impronta o individualidad de su creador. Esta naturaleza del derecho de autor, en donde se da una especial preponderancia a su autor, fue objeto de estudio en base

⁶ LIPSZYC, Delia, Derecho y derechos conexos. Ediciones UNESCO. Pp 14 y 15.

⁷ Ob. Cit. LIPSZYC. Pp. 65.

a las obras de Kant, a partir de las cuales se le dio importancia o relevancia a las facultades morales del autor sobre una determinada obra. En otras palabras, el pensar, como una entelequia abstracta, es libre; cosa distinta es su materialización, en donde lo que el derecho debe regular es la regulación en el intercambio de las ideas.

La doctrina clásica del derecho de autor, establece que el análisis del mismo se realiza estudiando por un lado al sujeto del derecho de autor, el contenido del mismo y las facultades de su titular.

Para efectos de análisis, partiremos por las facultades que confiere el derecho de autor. En primer término, se protegen las facultades morales, que parafraseando a Lipszyc “El autor vive y trasciende en su obra. Por eso, el derecho de autor no se agota en asegurar al creador la posibilidad de obtener beneficios económicos por la explotación de la obra: protege sus relaciones intelectuales y personales con la obra y con su utilización”. El análisis de este tema importaría excedernos con creces de los límites de este artículo, pero esa descripción es lo suficientemente clara para el propósito explicativo. A modo de resumen, dichas facultades están representadas por la paternidad, o sea el derecho a ser reconocido como creador de la obra; integridad, o sea la facultad del creador de impedir que se modifique la obra en términos de alterar la misma; derecho de arrepentimiento, o sea la facultad de sacar de circulación la obra.

Por otra la parte, las facultades patrimoniales están referidas al cúmulo de derechos que permiten la explotación económica de la obra, obteniéndose los réditos que puedan provenir del uso de la misma. Este último caso, es tal vez uno de los alicientes más relevantes para toda compañía que se precie de tal.

En cuanto al objeto del derecho de autor, cabe insistir en los asertos ya expresados, o sea que lo protegido son las creaciones formales, o sea la exteriorización de una forma representativa que sean lo suficientemente aptas para ser reproducidas a través de alguna de las formas de explotación. Es por estas circunstancias que la originalidad resultará ser esencial para proteger a una obra, pues a través de ella se van desarrollando las mismas ideas, pero cada una con la impronta de cada autor. De allí que el conocimiento que se encuentra en dominio público no puede ser objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico. Es por dicha especial circunstancia que en el derecho de autor la protección de una obra en relación al dominio público pueda resultar un ejercicio de cierta facilidad.

Visto lo anterior, podemos analizar la problemática envuelta en torno a los programas de ordenador. Estos últimos representan claramente una situación compleja, pues lograr obtener una debida separación entre una idea, o algoritmo, y la expresión o “lenguaje” original (código de alto nivel) es un tema que puede resultar particularmente complejo.

Piénsese que tras todo programa de ordenador se encuentra un algoritmo, y las órdenes que se dan representan la expresión de la idea. A la luz de lo señalado en la protección del derecho de autor, lo protegible estaría representado por estas últimas expresiones de idea.

Por otra parte, la principal intención de los fabricantes de softwares es que estos sean comprados y utilizados por parte de los consumidores. En consecuencia, es claro que la distribución del material objeto de la protección es el tema que interesa a los fabricantes, lo cual supone la entrega o distribución del código fuente, el cual es la concretización de la originalidad del programador. Ahora, es lícito preguntarse que si lo que se distribuye es el código objeto, no podría verificarse una vulneración de las normas del derecho de autor.

Esta afirmación se basa en que la f erula prohibitoria del derecho de autor se limita a copiar y distribuir, pero no a usar el determinado programa.

A fin de ilustrar lo anterior, consid erese un software que se aloja en un host al cual podrían acceder terceras personas a trav es de la red. En dicha hipótesis el usuario final infringiría en la medida que obtuvieran copias del mismo, pero no respecto a su uso, ni al acceso a la información.

La protección, en consecuencia a trav es de la f ormula del derecho de autor es incierta, y de all  que los fabricantes opten muchas veces por intentar dispensar de protección por la mayor cantidad de vías, encontrando en la patente su vía más idónea para los propósitos de tutela judicial.

En nuestra legislación, se introdujo por la Ley 19.912 una modificación al artículo 4 de la Ley 17.366 que regula la "Propiedad Intelectual" . Dicha modificación consistió básicamente en incorporar a los programas computacionales como uno de los objetos de protección del Derecho de autor. En el número 16 del citado artículo se lo define en los siguientes términos:

"Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley:

16. Los programas computacionales, cualquiera sea el modo o forma de expresión, como programa fuente o programa objeto, e incluso la documentación preparatoria, su descripción técnica y sus manuales de uso."

De la lectura de esta norma se colige que el legislador optó por proteger expresamente los programas de ordenador en los siguientes términos:

- a. Programa fuente.
- b. Programa objeto.
- c. Documentación preparatoria.
- d. Descripción técnica y sus manuales de uso.

Lo que es claro es que la descripción realizada por el legislador es insuficiente en cuanto no define el objeto de protección, sino que señala los elementos que protege a su titular. De ahí que para el intérprete sea complejo fijar el verdadero sentido y alcance de protección, con lo cual se introducen elementos que crean inseguridad jurídica en el tr fico comercial. Por otro lado, es complejo para los titulares de los derechos la circunstancia de intentar acreditar que un determinado programa de ordenador resulta ser portador de la originalidad suficiente.

En este sentido, es deseable el intento de los legisladores del derecho comparado en buscar una definición que pueda ser entendida por el destinatario de la norma. Es así que el legislador español estableció un título especial en su norma relativa a la propiedad intelectual. El artículo 96 del Real Decreto Legislativo 1/1996, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual señala:

"A los efectos de la presente Ley se entenderá por programa de ordenador 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 determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación"

Con dicha definición se clarifica la protección, en cuanto se reconoce que un programa de ordenador corresponde a una secuencia de instrucciones con una finalidad clara y determinada. Sin embargo, es claro que al encontrarse bajo la férula de las normas del derecho de autor, la obra debe ser original, y de ello se encarga la misma norma en cuanto señala “el programa de ordenador será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor”. Tal como fue esbozado, la originalidad resulta ser el tema esencial definitorio para dispensar de protección a un programa. Si no existe dicho elemento, no hay protección. De allí que sea útil recordar que en materia de propiedad intelectual existen un sinnúmero de teorías que tienden a fijar el alcance de la misma, no existiendo paz doctrinaria sobre el particular. Por ello resulta ser altamente previsible que en cuanto a un programa de ordenador, la originalidad resulta prácticamente imposible de determinar. A modo de conclusión y resumen, la protección por esta vía claramente es un esfuerzo legislativo que merece ser destacado, sin embargo esta protección por estar investida de muchos elementos normativos que deben ser calificados por el intérprete, incide en la generación de problemas interpretativos que pueden crear sensaciones de indefensión a los titulares de derechos.

En torno a su protección como Secretos empresariales.

Esta modalidad de propiedad industrial, está recogida en la nueva Ley de Propiedad Industrial. El legislador definió en el artículo 86 al secreto empresarial como:

“todo conocimiento sobre productos o procedimientos industriales, cuyo mantenimiento en reserva proporciona a su poseedor una mejora, avance o ventaja competitiva”

En otras palabras, el secreto para ser tal, presupone dos requisitos. En primer término, el secreto propiamente tal, en cuanto se trata de conocimientos que el titular desea mantener en dicha calidad. En segundo término, que la mantención del secretismo, confiere o proporciona una mejora, avance o ventaja competitiva frente al competidor concurrencial.

La férula de protección de estos derechos, está dada por la divulgación o explotación sin autorización del titular, o bien respecto de aquellas personas que tienen acceso a los mismos, pero con deber de reserva, en el evento que los divulguen, obteniendo provecho, propio o ajeno, o perjuicio al titular del secreto.

Esta modalidad nace del interés de los agentes productores de proteger información o invenciones que eventualmente no reúnen los presupuestos para ser protegidos como patente u otra forma de propiedad industrial, sin embargo se trata de información calificada legalmente y merecedora de tutela legal. Incluso, representa una forma de tutela de la buena fe de parte de los agentes mercantiles. Al decir de Llobregat ⁸:

“En otro orden de cosas, conviene destacar que la protección del secreto contribuye al fomento de la moralidad en las actuaciones empresariales. Si las relaciones en el seno de las empresas no están basadas en una relación de

⁸ LLOBREGAT HURTADO, Maria. La protección del secreto empresarial en el mercado del derecho de la Competencia. Cedecs Editorial S.L. Barcelona 1999. pp. 28

confianza, la incertidumbre y la inseguridad sobre la revelación de todo aquello que pudiera tener un valor para el empresario en el ejercicio de su actividad empresarial, daría lugar, tanto a un ambiente de desconfianza, cuanto a un freno en el desarrollo de una nueva tecnología, producto, fórmula de actuación etc. Todo lo cual contribuye a perjudicar el progreso técnico.”

Como se puede apreciar, el legislador da una señal en pos de la protección de secretos empresariales, como una modalidad de potenciar la sanidad de las relaciones entre los agentes concurrenciales.

De lo anterior, es posible obtener protección de los software, ya que el algoritmo subyacente de un determinado software es nuevo, sin embargo su novedad depende de que nadie más lo conozca. De allí que esta vía permite que se distribuya el resultado de un secreto, manteniendo el diseño de programa oculto.

Sin embargo, como se puede colegir de la lectura de este instituto, es evidente que la protección del secreto requiere cumplir los presupuestos señalados con anterioridad. De ahí que si una persona obtiene la información de un secreto de manera autónoma, sin mediar el lucro y la apropiación de la misma, no se obtendrá sanción alguna pues no se cumplirán los presupuestos legales. En otras palabras, el secreto por definición tiene que ser mantenido como tal. Si otra persona descubre como consecuencia de una actividad creativa una misma fórmula, se tratará de un conocimiento paralelo, no sancionable jurídicamente.

Conclusión.

Como se puede apreciar, la protección de los programas de ordenador ha representado un desafío doctrinario, debiendo analizarse los cimientos de las instituciones mismas. Lo que una institución protege de manera eficaz, resulta ser insuficiente por la rapidez en la creatividad de los creadores de softwares. Asimismo, la rapidez del derecho de autor puede ser insuficiente al tratar de delimitar los caracteres de originalidad de un determinado programa, diluyéndose la eficacia protectora del derecho.

Sin embargo, creemos que para poder dar una debida protección a los programas de ordenador, se pueden establecer ciertas disquisiciones, que pueden ser útiles al momento de optar por una u otra vía de protección.

Tratándose de un hardware, unidades de disco, creemos que puede obtenerse una protección vía patente, o incluso más, intentar proteger a través de un signo distintivo, a través del cual se logrará posicionar en el mercado el respectivo producto. Tratándose de los esquemas de negocios, en la medida que representen una contribución técnica, se puede obtener una protección erga omnes para el resto de los competidores vía patente. Sin embargo, en el caso que dichos conocimientos sean insuficientes para ser merecedor de tutela vía patente, el secreto comercial parece ser la vía más idónea de protección.

El derecho de autor claramente protege a las grandes compañías en la tutela de los programas de ordenador que son comercializados masivamente.

En definitiva, existen herramientas legales para proteger los programas de ordenador, sin embargo es claro también que deberán existir un esfuerzo de parte del legislador en brindar conceptos legales prístinos, de manera tal que el destinatario de la norma sepa con

certeza el objeto protegido por la norma. Asimismo, será deseable establecer mecanismos o acciones judiciales expeditas, pues parafraseando al jurista Bentham, “derecho sin acción, lirismo desenfrenado.”