



EL SOFTWARE

Protección legal en la Argentina y formas contractuales afines

Alejandro Matías Fernández

AÑO 2016

CARRERA DE ABOGACÍA

Resumen o Abstract

Dada la evolución acelerada de la tecnología en los últimos años, este trabajo se propuso abordar la problemática que viene sufriendo el *software* o programas de computación, considerado como uno de los mayores exponentes de ese avance tecnológico, en torno a los ataques de piratería y consecuentes violaciones a los derechos de propiedad intelectual que sufren sus creadores.

Se hizo un análisis de la protección legal de dichas obras en el ámbito de la República Argentina, considerando el campo del derecho civil, a través del estudio de la longeva ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, así como también de los Tratados Internacionales ratificados por el país; el campo del derecho penal, a través del estudio de los delitos informáticos; y por último, el campo administrativo, conociendo los pasos necesarios para una correcta registración. Por otro lado, se abordaron los contratos más utilizados en la actualidad, no solo para su desarrollo comercial sino también como otra forma de protección del *software*.

Aunque la legislación ha tenido varias modificaciones a lo largo de los años, observaremos que viene corriendo detrás del problema hace tiempo, y actualmente las soluciones que se están encontrando son más de carácter técnico que normativo.

Taking into account the accelerated evolution of technology in the previous years, this paper will deal with the problems that have arisen with software or computer programs, considered as one of the most important exponents of technological evolution. I will focus on hacking attacks and the resulting violations to intellectual property rights suffered by software creators.

The legal protection of computer software has been analyzed in Argentina. It is considered within the field of civil law, by means of the study of the long-standing Intellectual Property Law N° 11.723; as well as by the International Treaties ratified by the country. In addition, it falls within the sphere of Criminal Law, through the study of cybercrimes. Moreover, the administrative field is involved, due to the necessary steps that must be taken for a correct registration. On the other hand, the most used contracts nowadays have also been addressed, not only for their commercial development but also as another means of protecting software.

Even though legislation has suffered several modifications throughout the years, we will observe that it has been following the problem for some time, and at present the solutions that are being found are more technical than normative.

INDICE

INTRODUCCIÓN	Pág. 8
---------------------------	--------

Capítulo I

I) Introducción.....	Pág. 13
1. Concepto de software y aspectos terminológicos.....	Pág. 13
2. Caracterización y naturaleza jurídica del software.....	Pág. 16
3. Clasificaciones del software.....	Pág. 17
3.1. Desde la perspectiva técnica.....	Pág. 17
3.2. Desde la perspectiva jurídica.....	Pág. 18
3.2.1. Según el grado de estandarización: software estándar o hecho a la medida.....	Pág. 18
3.2.2. Según el grado de vinculación del software con el hardware: firmware o software autónomo.....	Pág. 19
3.2.3. Según la presencia o ausencia de contraprestación y sus modalidades: software comercial, freeware, shareware, y adware.....	Pág. 19
3.2.4. Según la modalidad de licenciamiento: software de dominio público y de dominio privado (software propietario y software libre).....	Pág. 22
II. Conclusiones.....	Pág. 24

Capítulo II: Tutela jurídica del Software

I. Introducción.....	Pág. 27
1. Conceptos básicos de Propiedad Intelectual.....	Pág. 28
1.1. El patrimonio de una persona.....	Pág. 28
1.2. Derechos reales, personales e intelectuales.....	Pág. 29
2. Distintos sistemas de protección del Software en el derecho comparado.....	Pág. 31
2.1. Derechos de Autor.....	Pág. 33
2.2. Patentes de Invención.....	Pág. 33
2.3. Sistemas de protección <i>sui generis</i>	Pág. 35
3. Régimen jurídico del Software en la República Argentina.....	Pág. 36
3.1 Evolución de la legislación. Ley 11.723. Decreto 165/94. Ley 25.036.....	Pág. 36

3.2 Tratados Internacionales aprobados por la República Argentina.....	Pág. 38
3.3 Derechos de Autor.....	Pág. 40
3.3.1 Diferencia con el Copyright.....	Pág. 43
3.3.2 Obras protegidas.....	Pág. 43
3.3.3 Las ideas no están protegidas.....	Pág. 44
3.3.4 Titularidad de los derechos.	
Caso particular del trabajador creador de una obra de software.....	Pág. 48
A) Autores y Coautores. Obra en colaboración y Obra colectiva.....	Pág. 48
B) Herederos o Derechohabientes del autor.....	Pág. 50
C) Trabajador creador de una obra de software.....	Pág. 51
3.3.5 Objeto y contenido de los derechos de autor. Derechos morales y patrimoniales...	Pág. 52
3.3.5.1 Los derechos morales.....	Pág. 53
3.3.5.2 Los derechos patrimoniales.....	Pág. 56
A) Derecho de Reproducción.....	Pág. 59
3.3.6 Plazo de duración de la protección.....	Pág. 60
3.3.6.1 Dominio Público Pagante.....	Pág. 61
3.3.7 Copia de salvaguarda.....	Pág. 62
II. Conclusiones.....	Pág. 63

Capítulo III: Protección penal del Software

I. Introducción.....	Pág. 66
1. Delitos informáticos.....	Pág. 66
1.1 Concepto. Características.....	Pág. 66
2. Análisis de los delitos relacionados con los derechos de autor contemplados en la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.....	Pág. 68
2.1 Defraudación (figura genérica).....	Pág. 70
2.2 Delitos relacionados con la edición, con la venta o con el copiado o reproducción.....	Pág. 71
2.2.1 Reproducción ilícita del Software.....	Pág. 72
2.2.2 Copia ilícita realizada por usuarios corporativos.....	Pág. 74
2.3 Delito de Falsificación.....	Pág. 76

2.4 Plagio del Software.....	Pág. 77
2.4.1 Plagio Servil.....	Pág. 78
2.4.2 Plagio Traslación.....	Pág. 78
2.4.3 Plagio cometido a través de Internet.....	Pág. 78
2.5 Almacenamiento de ejemplares falsificados o copias no autorizadas.....	Pág. 79
2.6 Importación de ejemplares falsificados o copias no autorizadas.....	Pág. 79
3. Figuras penales incorporadas al Código Penal Argentino	
por la ley 26.388 de Delitos Informáticos.....	Pág. 79
3.1 Daño Informático. Agravantes.....	Pág. 80
3.2 Delitos contra la privacidad. Acceso indebido o <i>hacking</i>	Pág. 83
4. Delitos informáticos incorporados a la Ley Penal Tributaria N° 24.769.....	Pág. 84
5. Proyectos de ley a estudio de nuestro parlamento.....	Pág. 84
5.1 Captación u obtención ilegítima de datos confidenciales.....	Pág. 84
6. Normas procesales de las ley N° 11.723.....	Pág. 84
7. El Tratado sobre los Cibercriminos de Budapest.....	Pág. 85
II. Conclusiones.....	Pág. 86

Capítulo IV: Registro de las obras de Software

I. Introducción.....	Pág. 88
1. Análisis del Decreto 165/94 y de la Ley 11.723.....	Pág. 88
2. ¿Qué es la DNDA y la CESSI?.....	Pág. 89
3. Como registrar un Software.....	Pág. 90
4. Por qué registrar un Software.....	Pág. 92
II. Conclusiones.....	Pág. 94

Capítulo V: Contratos relativos al Software

I. Introducción.....	Pág. 96
1. Contratos electrónicos y contratos informáticos. Diferencias.....	Pág. 96
1.1 Contratos electrónicos.....	Pág. 96
1.2 Contratos informáticos.....	Pág. 98
2. Contratos de Software.....	Pág. 101

2.1 Compraventa.....	Pág. 101
2.2 Contrato de edición.....	Pág. 102
2.3 Contrato de licencia para su uso o reproducción.....	Pág. 103
2.4 Contrato de Escrow de Código Fuente.....	Pág. 113
2.5 Desarrollo de Software a la medida.....	Pág. 114
2.6 ASP. Arrendamiento en línea de aplicaciones.....	Pág. 116
2.7 Plataformas de Distribución Digital del Software.....	Pág. 117
II. Conclusiones.....	Pág. 119
Conclusiones finales.....	Pág. 120
Bibliografía.....	Pág. 123
1. Doctrina.....	Pág. 123
2. Legislación.....	Pág. 124
3. Jurisprudencia.....	Pág. 124

INTRODUCCIÓN

La irrupción del *software* o programas de computación en la vida cotidiana ha sido muy fuerte en las últimas décadas. Esto, acompañado del crecimiento de la red Internet y de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs), ha facilitado y mejorado enormemente todos los ámbitos donde las personas desarrollan sus actividades, ya sean laborales, educacionales, interpersonales o de entretenimiento, logrando un avance muy importante en el conocimiento. Por otro lado, este avance vertiginoso y acelerado ha provocado una gran cantidad de problemas, tanto para los desarrolladores de estas obras tecnológicas como para los usuarios de dichos programas.

Normativamente, nuestro país ha recorrido un camino lento, pero no por ello menos seguro. Recién en el año 1994, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto 165/94 donde se incluye a estas obras intelectuales como objeto de protección de la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual, equiparándolas a las obras científicas, literarias y artísticas. Paralelamente este proceso continuó con la aprobación e incorporación de algunos Tratados Internacionales que obligaron al país a mejorar la regulación legal del *software*. Así es como en 1998 se dicta la llamada “Ley del Software” N° 25.036 que modifica la ya mencionada 11.723, dándole una protección legal más integral, tanto en el ámbito civil como penal. Y por último, también hay que destacar la Ley N° 26.388 de Delitos Informáticos del año 2008 que ha incorporado nuevas figuras típicas y agravantes al Código Penal.

Por su parte, la doctrina y la jurisprudencia han ido acompañando dicho proceso, buscando el mejor sistema de protección para los derechos de propiedad intelectual correspondientes a los fabricantes de *software*, encuadrando dichas obras en el Derecho de Autor, comparando a su vez, con los sistemas utilizados en otros países, como el de patentes y sancionando tanto civil como penalmente a los infractores de estos derechos. Casos como el de “A.G.I. SA c/ Kaiser Jorge Alberto”, “Pellicori” y algunos de “Microsoft”, han ido provocando distintos quiebres tanto en la legislación como en la jurisprudencia de nuestro país.

El objeto de este trabajo es realizar un estudio pormenorizado de la figura del *software*, analizando la problemática a la que está expuesto en la actualidad, debido a los constantes ataques de piratería, violación de los derechos intelectuales, y daños que sufren los productores como los usuarios, interpretando en tal sentido, los instrumentos normativos que regulan la cuestión, los antecedentes jurisprudenciales y las distintas posturas doctrinarias al respecto.

El desarrollo del Trabajo Final de Graduación comprenderá tres partes fundamentales. La primera de ellas comprende el capítulo I, el cual tiene una finalidad netamente introductoria, analizando los conceptos fundamentales, sus aspectos terminológicos y diferencias con el *hardware*, etc. Los caracteres principales y la naturaleza jurídica del *software*. Y por último, sus clasificaciones más importantes, con el objeto de lograr un conocimiento amplio y detallado de la figura.

La segunda parte, comprende los capítulos II, III y IV, que se refieren a la problemática general del *software* en la actualidad y especialmente al sistema de protección en el ámbito civil, penal y administrativo vigente en el país, analizando la evolución doctrinaria, normativa y jurisprudencial al respecto. Se hace una breve reseña de otros sistemas utilizados en el mundo, comparando ventajas y desventajas de los mismos. Se analiza profundamente el régimen de protección elegido por la República Argentina, conceptos básicos de la propiedad intelectual y especialmente de los derechos de autor, haciendo hincapié en las obras protegidas, su objeto y contenido, las diferencias con el *copyright*, titularidad de los derechos, los plazos de protección y la copia de salvaguarda. Por último, hacemos un estudio de las medidas tecnológicas y jurídicas de protección. En el ámbito penal, conceptualizamos los novedosos delitos informáticos y analizamos las figuras penales incorporadas a la Ley de Propiedad Intelectual, al Código Penal Argentino y a la Ley Penal Tributaria, haciendo por último, una breve reseña sobre los proyectos de ley de nuevos delitos informáticos y sobre el Tratado de Ciberdelitos de Budapest del año 2001. Finalmente, en el ámbito administrativo, detallaremos el trámite de registración de un *software*, analizando no solo como llevarlo adelante paso a paso, sino también por qué es importante registrarlo y cuáles son sus ventajas, así como sus desventajas en caso de no hacerlo.

La tercera parte, comprende el capítulo V, que se refiere a la explotación comercial, analizando cada uno de los contratos relacionados con el *software*, distinguiendo al contrato electrónico del informático, analizando el contrato de compraventa, de edición, de desarrollo de *software* a la medida, etc., y poniendo especial atención en el contrato de licencia para uso o reproducción, estudiando todas sus variantes de acuerdo al tipo de *software* en cuestión, y el contrato de *Escrow* de código fuente, debido a que son los más utilizados por el momento. Finalmente, analizaremos los novedosos casos de los ASP, arrendamiento en línea de aplicaciones y de las plataformas de distribución digital de *software*.

En esta última parte, también se elaborarán las conclusiones finales que abarcarán las fallas que contiene el régimen jurídico, que va quedando desactualizado ante la incesante aparición de nuevas tecnologías y las posibles mejoras a dicho sistema de protección.

Esto es así dado que el problema de investigación que enfrentara este trabajo está dirigido a responder el siguiente interrogante: ¿Cuál es la protección legal del *Software* en la Argentina y cuáles son las formas contractuales más idóneas para su comercialización? La justificación de esta investigación es, dado el desarrollo actual de nuestra sociedad, obvia. En la actualidad la informática ha inundado todos los aspectos de la vida, haciéndonos más fácil, cómodas y rápidas las relaciones interpersonales, laborales y educacionales.

Por otro lado, los objetivos de esta investigación serán específicos y general. Por una parte, el objetivo general es determinar la protección jurídica del *software* en el marco del ordenamiento jurídico argentino y sus formas de contratación. Por otro costado, los objetivos específicos son: (i) analizar la problemática en la que se encuentran inmersos los desarrolladores de *software*; (ii) describir las distintas implicancias jurídicas de los diferentes tipos de *software*; (iii) explorar el régimen legal del *software* en el decreto 165/94, en la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual modificada por la ley N° 25.036, en el Código Penal Argentino, y en los Tratados Internacionales en la materia; (iv) distinguir las alternativas de protección del *software* utilizadas en el mundo, analizando sus ventajas y desventajas; (v) describir los llamados delitos informáticos introducidos en la Ley de Propiedad Intelectual y en el Código Penal Argentino; (vi) desarrollar las figuras contractuales utilizadas para la explotación comercial de los programas de computación; y, por último, (vii) explicar el funcionamiento jurídico y comercial de las plataformas de distribución digital de *software*.

A partir de lo cual, debe resaltarse que las preguntas de investigación que pretende responder este trabajo son las siguientes: ¿Cuáles son los problemas que se le presentan, tanto a los desarrolladores del *software* como a sus usuarios? ¿Cuáles son los distintos tipos de *software*? ¿Cuáles son los principales mecanismos de tutela legal del *software* y cuál es el régimen utilizado por la República Argentina? ¿Cómo es el procedimiento a seguir para la registración de estas obras? ¿Cuáles son las figuras penales existentes ante conductas ilícitas? ¿Cuáles son las distintas formas contractuales que tienen por objeto el *software* y qué particularidades tienen? ¿Cómo es el funcionamiento de las llamadas plataformas de distribución digital de *software*?

Por último, la hipótesis a confirmar será la siguiente. Ciertamente, se ha hecho un avance muy importante al sancionar la Ley N° 25.036, conocida como la “Ley del *Software*” que modifica la Ley N° 11.723 de Propiedad Intelectual incorporando de forma expresa en su protección a los programas de computación y a las compilaciones de datos, adoptando nuestro país el sistema predominante en el derecho internacional, que brinda protección al *software* mediante la legislación de derechos de autor, dándole a éstas, tanto una protección en el orden civil (posibilidad de demandar los daños y perjuicios) como en el orden penal, tipificando una serie de conductas en la misma ley de Propiedad Intelectual como en el Código Penal Argentino.

Pensamos que es de fundamental importancia seguir avanzando en materia normativa, perfeccionando las leyes existentes, de manera que se pueda lograr en un futuro cercano, una mejor protección de los derechos intelectuales, disminuyendo los índices de piratería, promoviendo la utilización de *software* legal, al menos en grandes empresas, así como en organismos y dependencias del Estado, las sanciones correspondientes a las conductas ilegales. Creemos que sería muy beneficioso tanto para los desarrolladores como para los usuarios, obteniendo de esta manera productos legítimos y de mejor calidad.

Como bien dice Christian Hess Araya, el perenne desafío en materia de propiedad intelectual en general ha sido determinar cómo obtener el justo equilibrio entre la necesidad de proteger y estimular la creatividad y la innovación, de una parte, frente a la necesidad –igualmente perentoria- de garantizar que los avances técnicos, científicos, artísticos y culturales se difundan ampliamente a la comunidad en general y mejoren el bienestar de la mayoría (2007, p. 17)

CAPÍTULO I

I. Introducción

Para comenzar un estudio profundo de la figura del *software*, debemos tener presente la importancia de este producto, que con el paso del tiempo va en aumento, debido a la extraordinaria utilidad del mismo, su influencia en múltiples ámbitos, y como consecuencia de ello, el incremento de su valor económico.

Hasta las décadas de 1960 y 1970 el *software* era producido y distribuido por los mismos fabricantes de *hardware* (equipos físicos) quienes se encargaban de incluirlos en sus productos como accesorios de los mismos (por ej. IBM). En consecuencia y ante el incipiente desarrollo del *software*, estos no alcanzaban un valor superior al 30% del total del precio de un ordenador. Con el paso del tiempo y el avance de la ingeniería informática, se ha logrado separar al *software* del *hardware*, creándolo en forma independiente, como un bien jurídico en sí mismo, autónomo (en muchos casos, con un valor económico muy superior al *hardware*), susceptible de actos de comercio, de transacciones civiles y por ende merecedor de tutela jurídica (Tantaleán Odar)

Para colocar en números reales y graficar de alguna manera la importancia de la que hablamos respecto de la industria del *software* en el mundo moderno y específicamente en Argentina, según la agencia Telam, a inicios del año 2014, publicó que el año 2013 concluyó con 78.500 empleados, USD 900 millones en exportaciones y USD 3.750 millones facturados, repartidos en más de 4.000 empresas, en su gran mayoría nacionales y con una tasa de crecimiento promedio del 20 % en la última década (Tjor, 2014).

1. Concepto de *Software* y aspectos terminológicos.

Tal como nos enseña el Dr. Fernández Delpech (2014), podríamos definir al Derecho Informático como la nueva disciplina jurídica integrada por el conjunto de principios y normas que regulan los efectos jurídicos nacidos de la interrelación entre el derecho y la informática. Por su parte, la Informática es una ciencia que estudia métodos, procesos y técnicas, con el fin de almacenar, procesar y transmitir informaciones y datos en formato digital. A esos métodos, procesos y técnicas, los podemos llamar Sistemas Informáticos, dentro de los cuales encontramos dos elementos fundamentales que los componen y que son el *hardware* y el *software*.

En efecto, la palabra *hardware* hace alusión a los componentes físicos, materiales o tangibles que integran una computadora u ordenador, como por ejemplo, la unidad central de procesamiento (CPU), la placa madre, el microprocesador, el disco rígido, etc. Por otro lado, tenemos el *software*¹, que designa a todo el equipamiento o soporte lógico (inmaterial e intangible), incluyendo tanto a las aplicaciones como a los datos sobre los cuales ellas operan.

Por su parte, con una visión técnica, Hess Araya siguiendo a Valentín Carrascosa López dice que por aplicación o programa entendemos “Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente en un sistema informático, para realizar una función o tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión o fijación” (2007, p. 1).

En nuestra legislación, el artículo 5 de la ley N° 25922 de Promoción de la Industria del *Software* define al mismo diciendo que es “la expresión organizada de un conjunto de órdenes o instrucciones en cualquier lenguaje de alto nivel, de nivel intermedio, de ensamblaje o de máquina, organizadas en estructuras de diversas secuencias y combinaciones, almacenadas en medio magnético, óptico, eléctrico, discos, chips, circuitos o cualquier otro que resulte apropiado o que se desarrolle en el futuro, previsto para que una computadora o cualquier máquina con capacidad de procesamiento de información ejecute una función específica disponiendo o no de datos, directa o indirectamente”.

Gran aporte es el que realiza la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza que en el caso de “Microsoft Corporation c/Samaco S.A. p/daños y perjuicios” expresó que “el programa de computación o *software*, es el componente inmaterial, es información que se traduce en una combinación de comandos e instrucciones sin los cuales la computadora o *hardware* es completamente inútil”; es decir, que se trata de la parte no visible del sistema de la que deriva, en esencia, el provecho que podemos obtener de cualquier computadora.

Básicamente, el *software* realiza tres tareas, primero el ingreso de datos (entrada), luego tratamiento de los mismos de acuerdo a las instrucciones del programa respectivo (procesamiento) y finalmente genera los resultados obtenidos (salida) (Hess Araya, 2007).

¹ Entendiendo actualmente al *software* no solo como programas utilizados en computadoras personales (PC), sino también en sistemas operativos y aplicaciones móviles, por ejemplo para teléfonos inteligentes (*smartphones*), televisores inteligentes (*Smart tv*), *tablets*, etc.

Piénsese, por ejemplo, en la preparación de una planilla de pagos salariales a los empleados de una empresa. Tenemos todos los datos correspondientes a los trabajadores, número de horas trabajadas, valor de la hora, descuentos de aportes, etc. (entrada); el sistema arrojará un cálculo del monto a pagar a cada trabajador (procesamiento); y por último producirá un reporte o incluso podrá imprimir los bonos de sueldo correspondientes (salida).

Finalmente, para ir terminando con la conceptualización del *software*, debemos tener en cuenta que el mismo se compone de dos elementos: el Código Fuente y el Código Objeto.

Claro está, que una computadora no es más que un conjunto de dispositivos sin capacidad de análisis o raciocinio propio, por ende todas las tareas que la misma sea capaz de llevar a cabo, desde las más sencillas a las más complejas, dependen de que se les haya suministrado previamente instrucciones precisas. A esto se lo denomina programar la computadora (Hess Araya, 2007).

Las computadoras no comprenden nuestro idioma. El lenguaje humano es infinitamente más complejo y sofisticado que el lenguaje de máquina (que es el único que la computadora puede manejar), ya que está lleno de abstracciones, sobreentendidos y factores culturales, etc. -resultado de millones de años de evolución- que están fuera del alcance de un sistema informático. El lenguaje de máquina, es verdaderamente más limitado y está compuesto solo por dos elementos: unos y ceros, que a su vez representan los estados de “encendido” y “apagado”, que son los únicos que pueden interpretar los componentes internos del *hardware*. En consecuencia para que un ordenador sea capaz de interpretar y ejecutar una orden o instrucción, esta deberá expresarse primero en código binario, es decir, en términos de unos y ceros (por ejemplo “10110011”) (Hess Araya, 2007).

El código fuente, es el que está escrito en un lenguaje de programación (por ej. Java o Visual BASIC de Microsoft) el cual les permite a los programadores escribir sus aplicaciones de una manera más sencilla o legible. Mientras que el código objeto o código binario es el que resulta de la conversión del lenguaje del código fuente al lenguaje de la máquina, que se expresa en alfabeto binario, es decir, se trata de una secuencia de instrucciones que se le presenta a la máquina como unos y ceros antes de que ésta sea capaz de ejecutarlo y por lo tanto es ininteligible para los seres humanos. Ambos elementos componen el *software* y están alcanzados por la protección que brinda nuestra ley de Propiedad Intelectual (Fernández Delpéch, 2014).

2. Caracterización y Naturaleza jurídica del *Software*.

Como señalamos anteriormente, hasta la década del '60 y '70, la mayor parte del *software* era producido y distribuido por los propios fabricantes del *hardware* y era considerado como accesorio de aquel (por ej. IBM construía las computadoras y programaba la mayoría de las aplicaciones). Sin embargo, a mediados de la década del '60, como consecuencia de las acciones del Departamento de Justicia de los EE.UU. se forzó a la IBM a separar la distribución de *hardware* y *software*, por considerar, lo contrario, como anticompetitivo y especialmente a partir de la revolución de las computadoras en los años '80, el *software* adquirió entidad y autonomía propias. A partir de ahí comenzaron a surgir innumerables fabricantes de *software*, que hasta la actualidad producen programas diversos, destinados a distintos sistemas informáticos con gran éxito, como por ejemplo Microsoft, Apple y Oracle entre los más destacados (Hess Araya, 2007).

Actualmente el *software*, constituye un bien jurídico en sí mismo y autónomo, susceptible de relaciones civiles y comerciales, aunque todavía algunas clases de *software*, como por ejemplo los sistemas operativos, los controladores o *drivers* continúan siendo producidos por los fabricantes de *hardware*, tal es el caso de la empresa Apple en algunos de sus productos.

En un plano jurídico, y en lo que a su naturaleza concierne, podemos caracterizar entonces al *software* así:

- Es un bien mueble;
- Es inconsumible, ya que no se destruye con el uso;
- Es fungible, porque cada copia es intercambiable y exactamente equivalente a las demás.
- Es un bien indivisible, puesto que no se puede ejecutar un programa parcialmente, ni distribuirlo por partes ejecutables separadamente.²
- Posee carácter patrimonial, porque es pecuniariamente estimable y susceptible de figurar como objeto de transacciones civiles y comerciales (Hess Araya, 2007, p. 5).

El *software* es un bien inmaterial, intangible y volátil, resultado de la ejecución por parte del computador de la secuencia de instrucciones que lo componen. Siempre cabe distinguir al bien incorpóreo o ideal, del soporte físico sobre el que esté fijado. Así pues, el derecho de propiedad

² El hecho de que sea posible actualizar o modificar algunos elementos separadamente, no contradice el hecho de que todos ellos deban ser cargados y ejecutados unitariamente por el computador.

que se ejerza sobre el soporte carece de nexo jurídico inmediato con la cuestión de la titularidad del *software* en sí (Hess Araya, 2007).

Finalmente, para concluir con este apartado, vale aclarar, que las obras tecnológicas de *software* son creaciones del intelecto humano, consideradas como derechos de propiedad intelectual, equiparándolas a las producciones científicas, literarias y artísticas, y como ya veremos más adelante, protegidas en nuestro país, por el sistema de derechos de autor.

3. Clasificaciones del *Software*.

Como en toda disciplina científica, las clasificaciones siempre tienen una finalidad meramente didáctica, lo que nos permite estudiar un determinado tema en profundidad, separando y relacionando cada una de sus partes para comprender el todo de manera más sencilla y pormenorizada.

En lo que al *software* se refiere, si bien en algún punto pueden llegar a confundirse las distintas clasificaciones con las modalidades de licenciamiento del mismo, lo que será analizado en un capítulo posterior, creemos que es importante para el desarrollo y estudio del tema, tratar ambos por separado, por lo tanto intentaremos evitar dichas confusiones. Para ello, seguimos principalmente a Hess Araya (2007), quien ha propuesto dos mecanismos de clasificación, uno de índole técnico y otro jurídico, los cuales no se excluyen entre sí y son provechosos para nuestro objeto.

Vale aclarar, que dentro del llamado *software*, coexisten una multiplicidad de variantes que en ocasión resultan prácticamente contrapuestas, tanto en su filosofía de concepción como en el modo que se licencian, modifican e interactúan con otros programas, usuarios y desarrolladores. Por ello, dicha clasificación no es taxativa, ya que por lo vertiginoso del rubro nos impide generar encasillamientos más que temporales (Tjor, 2014).

3.1. Desde la perspectiva técnica

El *software* puede ser técnicamente agrupado en dos categorías generales: el *software* de sistema y el *software* de aplicación.

- Software de sistema: alude a aquellos programas y datos requeridos para el funcionamiento básico del equipo informático. En esencia, posibilitan la correcta operación del *hardware*, al establecer y regular la comunicación entre la unidad central de proceso (CPU) y todos los demás componentes físicos. El más importante de estos programas es el llamado sistema operativo, que la computadora debe cargar e iniciar desde el momento del encendido. Existen diversos sistemas operativos, cada uno diseñado específicamente para la clase de *hardware* sobre la que deban operar. Esto incluye productos comerciales (como el Windows de Microsoft y MacOS de Apple) como los no comerciales (ej. Linux).
- Software de aplicación: por su parte, reúne a todos aquellos programas de computación con los que trabajamos para obtener determinados resultados, como por ejemplo los procesadores de texto, planillas de cálculo, video juegos, navegadores de internet, reproductores de audio y video, etc. Estas aplicaciones corren encima del sistema operativo, solicitando y obteniendo de él diversos servicios relativos al *hardware*, por ejemplo, para imprimir documentos o guardar archivos en el disco.

3.2 Desde la perspectiva jurídica

En este plano, Hess Araya (2007) nos propone cuatro esquemas de clasificación complementarios del *software*, los cuales vamos a ir completando y modificando según nuestro criterio, de los que podemos extraer diversas consecuencias legales relevantes: a) según el grado de estandarización del *software*; b) según el grado de vinculación del *software* con el *hardware*; c) según la presencia o ausencia de contraprestación y sus modalidades; y d) según la modalidad de licenciamiento.

3.2.1 Según el grado de estandarización: *software* estándar o hecho a la medida.

- Software estándar: incluye innumerables productos fabricados para distribución masiva. Es estándar precisamente porque es igual para todos, sin perjuicio de que –una vez instalado- el usuario pueda personalizar algunas de sus opciones. Es erróneo confundir esta categoría con la de *software* “comercial”, ya que existe gran cantidad de programas estándar que son de distribución gratuita.

- Software hecho a la medida: es aquel producido específicamente contra pedido y para las necesidades concretas de un usuario o usuarios. Por ejemplo un programa de computación realizado especialmente para un comercio, con el cual puedan llevarse a cabo las operaciones de compraventa, de facturación, de presupuestos, contener una base de datos de la clientela y de los proveedores, consultar *stocks* de mercadería, precios, etc.

3.2.2 Según el grado de vinculación del *software* con el *hardware*: *firmware* o *software* autónomo.

- Firmware³: esencialmente hace alusión a la clase de *software* que se almacena en la memoria ROM⁴ de una computadora. El *firmware* es el responsable de las acciones iniciales que toma un sistema informático desde el instante del encendido, que esencialmente consisten en realizar un auto diagnóstico y luego buscar, cargar e iniciar la ejecución del sistema operativo. El *firmware* viene siempre pre-instalado en el equipo informático, por ende, es siempre accesorio del *hardware*.
- Software autónomo: por exclusión, es todo aquel que, por no venir integrado en el *hardware*, es necesario obtener separadamente e instalar, previo a su empleo. Por lo tanto, es un bien jurídico individualizado (mueble e ideal).

3.2.3 Según la presencia o ausencia de contraprestación y sus modalidades: *software* comercial, *freeware*, *shareware*, *adware*.

- Software comercial: es el que llega a los usuarios por canales establecidos de mercadeo (tiendas, catálogos, descargas en línea, etcétera) y es distribuido normalmente con ánimo de lucro. En otras palabras, es objeto de una transacción mercantil determinada, en virtud de la cual el usuario lo adquiere (por ej. vía licencia de uso) previo pago del precio.
- Freeware: se refiere a un modo de adquisición de *software*, caracterizado por la ausencia de contraprestación; es decir, por su gratuidad. El usuario es normalmente libre de

³ Resulta difícil traducir este término al castellano, es conocido como microcódigo.

⁴ ROM significa *read only memory* (memoria de lectura exclusiva o no regrabable). Se diferencia de la RAM o *random access memory* (memoria de acceso aleatorio), que es lo que normalmente conocemos como la memoria principal de una computadora.

instalarlo y usarlo en una o más computadoras, así como de distribuir copias a otras personas. El titular, renuncia a sus derechos de remuneración y reproducción, pero las restantes atribuciones patrimoniales y morales permanecen intactas, ya que por ejemplo el titular del derecho de autor puede establecer acciones legales que impidan la distribución de versiones modificadas del programa, o para reclamar contra el cobro indebido de sumas por su distribución a terceros.

Por su parte Federico Tjor (2014) hace algunas aclaraciones que vale la pena mencionar, explicándonos al respecto, que en este caso el desarrollador nada espera en retribución por su obra, aunque prohíbe su modificación y en consecuencia no libera el código fuente. Sobre este último, resulta fundamental comprender que no se equipara al *software* libre o *free software*, por lo tanto no deben confundirse uno con otro, ya que como veremos en párrafos posteriores, éste último no se refiere a la onerosidad o no del bien, sino a la libertad de utilización, copia, modificación, y distribución entre otras posibilidades.

¿Por qué querría alguien hacer un *software* gratuito? En realidad, hay varias y muy buenas razones:

- ✓ Algunas empresas fabricantes de *software* distribuyen gratuitamente versiones limitadas de sus productos comerciales, con el fin de atraer posibles interesados hacia estos últimos;
- ✓ Otras lo hacen con el fin de abrir un nicho de mercado que les permita crearse una reputación tecnológica y comercial, y así colocar sus otros productos y servicios.
- ✓ Otros prefieren regalar un producto, en la esperanza de obtener dinero mediante la prestación de servicios complementarios (soporte técnico, consultorías, etcétera) o a través de la venta de futuras actualizaciones (por ejemplo, en el caso del *software* antivirus) (Hess Araya, 2007, p. 9 y 10).
- *Shareware*⁵: es una modalidad especial, que se caracteriza por estar sujeta al examen temporal del *software* hasta el acaecimiento de una condición preestablecida, en cuyo momento el usuario debe decidir si desea conservarlo o no. En caso afirmativo, deberá satisfacer la contraprestación estipulada en el contrato por el licenciante.

⁵ Del inglés *Share*, compartir

Generalmente, no se provee del código fuente, por lo que el usuario no puede modificar el *software*.

La ventaja de esta alternativa es la libre circulación y prueba del programa, en ocasiones de manera limitada o con solo algunas opciones básicas habilitadas como herramienta de difusión y distribución para pequeños y medianos desarrolladores, quienes generalmente carecen de una marca reconocida y de una estructura publicitaria masiva (Tjor, 2014).

El *shareware*, es particularmente apto para productos que –por su novedad, escasa publicidad, etcétera- el fabricante estima que los usuarios posiblemente no adquirirían sin antes convencerse de sus funciones y utilidades. De esta manera han llegado a popularizarse desde juegos hasta programas de productividad. Un ejemplo de ello es el muy popular programa llamado WinZip para comprimir y descomprimir archivos.

De los conceptos enunciados anteriormente, podemos profundizar los siguientes elementos de interés con relación al *shareware*:

a) Examen o prueba del *software*: algunos programas tendrán funcionalidades limitadas total o parcialmente; otros no presentarán restricción alguna. En ciertos casos, el *software* marcará de alguna manera los archivos de datos, imágenes, etcétera, como por ejemplo mediante una leyenda que diga “Esta imagen ha sido generada por una copia no registrada de...” o alguna marca de agua sobre un video.

b) Condición preestablecida: lo más usual es que la condición consista en el vencimiento de un plazo determinado, que generalmente se suele fijar en 30 o 60 días. Sin embargo también existen otras modalidades, como por ejemplo estableciendo un número máximo de utilidades del *software*.

c) Contraprestación estipulada: una vez cumplida la condición, el usuario está obligado a desistir del empleo del producto y a desinstalarlo de su computadora, a menos que satisfaga dicha contraprestación predeterminada. En este último caso, el registro suele ser correspondido con la asignación al usuario de alguna contraseña o código que le permitirá acreditar que es titular legítimo del programa, así como activar las funcionalidades previamente limitadas del paquete, si las hubiere.

En consecuencia, de darse el caso contrario, es decir, que el usuario continúe usando el *software* sin satisfacer los términos de la contraprestación exigida, hará incurrir al infractor

en las responsabilidades civiles y penales propias de la violación de los derechos de autor (esto es, la llamada piratería del *software*).

- Adware: es un sistema más actual, que toma su nombre del término inglés “*advertising*” que significa publicidad. Este tipo de programas es de utilización y distribución gratuita respecto del usuario, y por su parte el desarrollador es retribuido a través de la exhibición automática y obligatoria de publicidad (carteles, videos, audios, animaciones, juegos, etcétera) ya sea durante la instalación, o bien la ejecución del *software*, obteniendo una ganancia relativa a la cantidad de vistas que cuente la publicidad y simultáneamente un monto porcentualmente mayor sobre aquellos que efectivamente se interesen en lo publicitado (medido no en número de exhibiciones del cartel, sino en *clicks* sobre el mismo o contratación de lo ofertado, siempre que resulte derivado de la publicidad inserta) (Tjor, 2014).

3.2.4 Según la modalidad de licenciamiento: *software* de dominio público y de dominio privado (*software* propietario y *software* libre).

Si bien este es un tema que analizaremos más profundamente al desarrollar los contratos relacionados al *software*, especialmente el de licencia de uso y reproducción, haremos aquí una breve referencia de cada uno para terminar de completar las clasificaciones.

El Dr. Fernández Delpech (2011) siguiendo a Martín Carranza Torres, nos habla de una clasificación desde el punto de vista del derecho de propiedad, y es la de *software* de dominio público y de dominio privado.

- Software de dominio público: en este caso el titular de los derechos de autor, renuncia voluntariamente a los derechos patrimoniales sobre la aplicación, y por ende, la licencia conferida al usuario es de carácter irrestricta. Por su parte, los derechos morales, permanecen intactos en cabeza del autor, en virtud de su carácter irrenunciable.

Tal como nos aclara Horacio Fernández Delpech (2011) la titularidad de los derechos recae sobre la sociedad en su conjunto, es decir, que ninguna persona o grupo de personas tiene derechos exclusivos sobre la obra, ya que no pueden apropiarse de la misma, ni pasarla a su dominio privado, así como tampoco monopolizar su utilización, salvo que se trate de

una obra derivada, conforme al artículo 29 del decreto 41.223/34, el cual reglamenta la Ley de Propiedad Intelectual.

- Software de dominio privado: es aquel que ha sido creado por un autor que lo ha registrado a su nombre, o aquel que, ha sido creado por una persona en ejercicio de sus funciones laborales en el ámbito de una empresa y consecuentemente, el *software* le pertenece a la empresa y se encuentra registrado a nombre de ésta (Fernández Delpech, 2011).

Hecha esta clasificación, ahora debemos distinguir dentro del *software* de dominio privado:

1) *Software* propietario

Es el creado por una o varias personas, que conservan la totalidad de los derechos de propiedad sobre la obra, pero autorizan a terceros, generalmente mediante un contrato de licencia a su uso, distribuyendo el *software* en código objeto, y reservándose el código fuente del mismo. Esto implica por lo general, que el usuario sólo tiene derecho a ejecutar el *software* y no dispone de acceso a su código fuente o aun teniendo acceso a él, no tiene derecho a modificarlo ni distribuirlo (Fernández Delpech, 2011, 2014).

Al respecto, Tjor (2014) nos aclara que son programas de código fuente cerrado, protegidos por el sistema del *Copyright* (derecho de autor), al efecto de garantizar legalmente a su creador la posibilidad de licenciar la utilización de su obra bajo ciertas condiciones, restringiendo todo tipo de modificación, estudio, copia, redistribución o ingeniería inversa. En su gran mayoría, se trata de programas licenciados de modo oneroso, preferido por las empresas dedicadas a su desarrollo por obvias razones de protección autorial, tal como sucede en los populares sistemas operativos de Microsoft (Windows), sus paquetes de oficina (Office), etc.

2) *Software* libre

Es un concepto que nace en el contexto de un movimiento filosófico -si se quiere- que se popularizó cuando Richard Stallman creó la *Free Software Foundation* en 1984.

Es el *software* creado por una o varias personas, donde sus titulares transfieren a terceros los derechos totales o parciales sobre la obra y/o autorizan a estos a su uso o modificación con mayor o menor alcance (Fernández Delpech, 2011).

Se lo conoce también como *open source* o código abierto y parte de la premisa de principio que el *software* debería ser libre y accesible a todos. Se caracteriza por distribuir libremente el código objeto y el código fuente del programa, con la idea de que otros programadores puedan estudiarlo e incluso modificarlo para fines de personalización o bien para introducirle mejoras. Los más conocidos ejemplos de esta categoría son el sistema operativo Linux y el paquete de *software* de oficina OpenOffice.org (Hess Araya, 2007).

Tjor (2014) nos dice que la *Free Software Foundation* (FSF) indica que *software* libre significa respetar la libertad de los usuarios y la comunidad, dándoles la libertad de ejecutar, copiar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el *software*.

Contrariamente a lo que se cree, *software* libre no equivale a *software* gratuito, aunque ambas características puedan encontrarse en un mismo producto, nada impide que un *software* libre sea distribuido lucrativamente. Es una cuestión de libertad y no de precio (Hess Araya, 2007).

Cuando se habla de *software* libre o de *software* propietario, se está refiriendo en realidad a dos formas de licenciamiento del *software*, el licenciamiento libre y el licenciamiento propietario, ya que el *software* sea que esté en el dominio público o en el dominio privado, es uno solo, diferenciándose solamente en la forma de licenciamiento empleado (Fernández Delpech, 2014, p. 568).

II. Conclusiones

Finalizamos el primer capítulo con la certeza de haber desarrollado todos los elementos principales de lo que se considera *software* o programas de computación, dejamos en claro que junto con el *hardware* son los elementos fundamentales de lo que se denomina Sistema Informático, y éste a su vez, forma parte de la Informática (como ciencia). Por lo tanto, los efectos jurídicos que genera la interrelación que existe entre la Informática y el Derecho es lo que estudia el Derecho Informático, siendo esta última, una nueva rama del derecho que comprende el tema en examen.

Habiendo repasado los conceptos introductorios del mismo, sus características y naturaleza jurídica, pudimos diferenciar al *software* del *hardware*, y por último elaboramos una clasificación bastante amplia sobre el concepto, lo que nos permite proseguir con nuestro trabajo e introducimos

de lleno en la problemática real y jurídica del *software*, estudiando paralelamente la protección civil, penal y administrativa vigente en nuestro país en dicha materia.

CAPÍTULO II: Tutela jurídica del *Software*

I. Introducción

Es evidente que en la actualidad, la informática ha inundado todos los aspectos de la vida, haciéndonos más fácil, cómodas y rápidas las relaciones interpersonales, laborales y educacionales. Como bien señala Federico Tjor (2014) “pocas ciencias han influido el mundo moderno en la magnitud que la informática lo ha hecho, esto es, no por su aplicación directa per se, sino más bien aquella derivada a prácticamente todas las áreas del entendimiento humano, ya sea medicina, comunicaciones, arte, economía, por supuesto que la ciencia jurídica y muy seguramente cuanta otra pudiéramos enumerar”.

Ésta realidad, ha sido el fruto de muchos años de esfuerzo, investigación y desarrollo en el área, llevado a cabo por innumerable cantidad de personas y empresas que han dedicado todos sus recursos intelectuales, económicos y temporales a este fin. Paralelamente, vemos que esto ha generado una problemática en torno a la protección de los derechos de propiedad intelectual que le corresponden a los fabricantes del *software*, como así también los usuarios legítimos de estos programas, quienes son víctimas de los llamados “delitos informáticos” por distintos medios, como ataques de piratería (copiado ilícito), falsificación, plagio, virus informáticos, etc., desalentando de esta manera, la creatividad e innovación tecnológica.

Debido a que en Argentina y en la mayoría de los países el régimen legal aplicable es el derecho autoral, con excepción de EE.UU., Canadá y Japón, cuyo sistema imperante es el concurrencial y alternativo de protección canalizado a través de la concurrencia de las normas protectoras del *copyright* y de las patentes (FARINELLA, 2006), corresponde en primer lugar, preguntarse ¿cuáles son las razones por las que se debe proteger el *software*?

- Porque su creación representa un gran esfuerzo creativo e inversión de tiempo y dinero. Es justo que los creadores de obras de este tipo reciban una retribución por ese costo y por los beneficios que los usuarios derivamos de sus creaciones
- Porque la existencia de un régimen que garantice a los creadores de *software* que sus derechos serán respetados es evidentemente un *sine qua non* para que estén dispuestos a producirlo masivamente y a precios accesibles. Si no existiese esa seguridad, difícilmente habría un incentivo para distribuir las aplicaciones al público en general.
- Porque el hecho de que un país mantenga un sistema adecuado de protección de los derechos de propiedad intelectual sirve para atraer la inversión extranjera y facilitar la

transferencia tecnológica. Esto, a su vez, genera empleos y estimula el desarrollo socioeconómico (HESS ARAYA, 2007, p. 17).

Justamente, por el valor económico que han ido adquiriendo éstas obras tecnológicas a través del tiempo, constituyéndose como un bien jurídico autónomo (separable del *hardware*) y susceptible de ser parte del comercio nacional e internacional, así como también, por la importancia de la información que muchas personas físicas y jurídicas depositan en tales programas, es que resulta indispensable poseer una eficiente e integral regulación legal al efecto.

Si bien resulta evidente, que la legislación casi nunca se adelanta a los hechos, sino más bien que siempre viene a resolver problemáticas que no encuentran solución en el mundo del derecho, en este campo de la informática resulta aún más dificultoso, por la velocidad con la que se van produciendo los cambios y apareciendo las nuevas tecnologías. En este sentido, si bien nuestro país no es pionero en el tema, ha ido siguiendo los lineamientos internacionales, ratificando una serie de tratados y modificando la legislación conforme a dar cumplimiento a los mismos, buscando el mejoramiento de los instrumentos legales tanto para la protección de tales derechos, como la introducción de sanciones civiles y penales para los ilícitos que se cometan.

1. Conceptos básicos de Propiedad Intelectual.

1.1. El patrimonio de una persona

En general, tanto en doctrina como en la legislación se ha señalado que el patrimonio se compone del activo y del pasivo. El primero, está conformado por los bienes de la persona, ya sean éstos materiales o inmateriales, y el segundo por las obligaciones y cargas que pesan sobre ella.

Nos detenemos un instante en el activo, y vemos que el Código Civil y Comercial de la Nación en su Artículo 15 reza: Titularidad de derechos. Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código. Y por su parte en el Artículo 16 preceptúa: Bienes y cosas. Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.

Creemos entonces que al *software* podemos calificarlo como un bien inmaterial o incorporal, ya que carece de corporeidad y por tanto no podemos calificarlo como cosa en el sentido del Código Civil y Comercial Argentino (Fernández Delpech, 2014).

1.2 Derechos reales, personales e intelectuales

Tradicionalmente, se han distinguido tres clases de derechos patrimoniales: los derechos reales, los derechos personales y los derechos intelectuales.

Los derechos reales son el poder jurídico de una persona sobre una cosa (bienes materiales). Éste tiene solo dos elementos: el titular del derecho y la cosa objeto de ese derecho.

La legislación argentina, en materia de derechos reales, adopta el sistema denominado *numerus clausus*, por lo cual estos solo pueden ser creados por la ley.

El CCyCN establece en su Artículo 1884: “La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura”.

Estableciendo en el Artículo 1887 una enumeración de estos: “Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda”.

Por último, el CCyCN define al dominio en el Artículo 1941 de la siguiente forma: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”, dejando claramente expuesto que el dominio conceptualizado, solo puede recaer sobre las cosas o sea los bienes materiales, pero no sobre los bienes inmateriales (Fernández Delpech, 2014).

Creemos entonces, que para la ley argentina, el *software* no es un derecho real.

Por otra parte, los derechos personales son los que se tienen contra una persona determinada y que nos autorizan a exigirle el cumplimiento de un hecho o una abstención, es decir, crea una relación o vínculo jurídico entre acreedor y deudor que se llama obligación. Consecuentemente, en todo derecho personal siempre existen tres elementos: 1) el acreedor, que es el sujeto activo del

derecho; 2) el deudor, que es el sujeto pasivo del derecho y 3) el objeto del derecho (prestación), que es aquello debido por el deudor al acreedor, puede consistir en una obligación de dar, de hacer y de no hacer (Fernández Delpech, 2014).

Evidentemente para la legislación argentina el *software* tampoco es un derecho personal.

Por último, y con relación a los derechos intelectuales, Horacio Fernández Delpech nos dice que “son el conjunto de facultades que la ley reconoce sobre las creaciones del espíritu” (2014, p. 54).

Nuestra legislación se ha encaminado a proteger las obras intelectuales, y dentro de ellas a las obras tecnológicas, que son el objeto de este trabajo.

Se ha considerado a los derechos intelectuales, como una tercera categoría de derechos, junto con los derechos personales y los reales. Constituyen una categoría especial de derechos pues no se ejercen sobre una cosa ni se invisten sobre una persona. Son derechos estrechamente vinculados a su titular y tienen un contenido inmaterial. (Fernández Delpech, 2014, pág. 54).

El derecho intelectual supone la existencia de una obra intelectual creada por el autor y titular del derecho. Es necesaria, para la existencia del derecho intelectual, la expresión concreta de una idea a través de una obra.

En un primer momento, es indispensable mencionar a la Constitución Nacional, como base fundamental de esta categoría de derechos, que en la segunda parte de su artículo 17 establece que: “todo autor, o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...”, dando de esta forma igual jerarquía constitucional a los derechos de propiedad intelectual y a los derechos de propiedad mueble o inmueble consagrados también en este artículo.

“Se puede definir a la propiedad intelectual como el conjunto de normas que regulan los derechos tanto patrimoniales como morales que tiene los autores, inventores, y otros titulares de derechos sobre las producciones fruto de su intelecto” (Fernández Delpech, 2011, p. 11).

Hoy en día, puede clasificarse a la propiedad intelectual en: Derechos de Autor y Propiedad Industrial.

Los Derechos de Autor, están dirigidos a proteger las creaciones intelectuales, en sus aspectos morales y patrimoniales, surgidos de una obra científica, literaria o artística, tales como obras dramáticas, composiciones musicales, dibujos, pinturas, esculturas, *software* y bases de datos, fonogramas, videogramas, páginas web, etc. (Fernández Delpech, 2011)

Existen ciertas condiciones o requisitos necesarios que debe tener la obra objeto del derecho de autor que son la creatividad y la originalidad. No existe obra protegible si esa obra no es original en el sentido de su individualidad creativa. (Fernández Delpech, 2011)

Una obra es original cuando expresa de alguna manera, en mayor o menor medida, el espíritu creador del autor sobre un tema o una idea, novedosa o no. Por su parte, la novedad y la distintividad son en cambio las notas que caracterizan al derecho de patentes y al derecho de marcas, pero no son necesarias en el derecho de autor.

Por ende, las obras estarán protegidas si son personales, integrales, creativas y son el resultado de la actividad intelectual de su autor.

La Cámara Nacional en lo Civil en el caso “A.G.I. S.A. c/ Kaiser Alberto Jorge”, ya mencionado anteriormente, ha expresado al respecto:

“...La originalidad de la obra intelectual, necesaria para su protección legal, no requiere ser absoluta, pues basta que medie un aporte personal del espíritu de carácter intelectual –literario, artístico, musical o técnico-, que distinga a lo creado de los elementos o ideas que se conocían y que se utilizan cambiándolos de un modo distinto, aunque el enriquecimiento del caudal cultural anterior sea de modesta magnitud...”

En cambio, la Propiedad Industrial, se refiere fundamentalmente a las creaciones intelectuales con aplicación industrial, tal es el caso de las Patentes de Invención, las Marcas y Designaciones Comerciales y los Dibujos y Modelos Industriales (Fernández Delpech, 2011).

Los derechos intelectuales otorgan a sus titulares:

- Derechos subjetivos patrimoniales, que le dan al autor la exclusividad de la explotación de sus obras y, consecuentemente la posibilidad de obtener beneficios económicos de las mismas;
- Derechos subjetivos extrapatrimoniales, o de carácter moral, que protegen su paternidad intelectual. (Fernández Delpech, 2000)

2. Distintos sistemas de protección del *Software* en el derecho comparado

Conviene iniciar el tema, diferenciando que la protección necesaria para el *software* no es la misma que para el *hardware*. Está claro que el régimen jurídico aplicable al *hardware* es usualmente el de las patentes de invención y los modelos industriales, pero existe una zona gris,

respecto de aquellos elementos físicos que contienen *software* de manera integrada en sus circuitos (Ej.: microprocesadores). Esto ha dado lugar a la suscripción de un “Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados”, adoptado en Washington en 1989 (Hess Araya, 2007).

La protección del *software* en el mundo, ha sido y es, un tema muy controvertido, ya que a lo largo de varias décadas se han propuestos diversos mecanismos para su tutela. Estudiaremos brevemente los principales sistemas utilizados: 1) Derecho de Autor; 2) Patentes de Invención; 3) Sistemas de protección sui generis.

Cada mecanismo tiene sus ventajas y desventajas. Hess Araya citando a Fernando Maresca nos dice que “el Derecho Marcario también es capaz de otorgar algún margen de protección al *software*, ya que sería difícil para los piratas vender ilegalmente copias de *software* y acceder a un público masivo sin usar su palabra distintiva, frase, logo o símbolo gráfico utilizado para identificar la fuente del producto y distinguir al fabricante” (2007, p. 21).

Tal como nos enseña Farinella (2006) en EE.UU, pese a que su ley desde 1970 prohíbe patentar programas informáticos y algoritmos, en la década de los ´80, la jurisprudencia permitió que el *software* sea objeto de protección por medio de las leyes de Patentes.

Así, en el famoso caso Diamond vs. Diehr de 1981, la Suprema Corte de Estados Unidos admitió la patentabilidad de un procedimiento de vulcanización de caucho sintético en el cual intervenía un programa de ordenador, pues consideró que el objeto de la patente era el procedimiento industrial que incorporaba el programa, y no el concepto abstracto desarrollado por el programa. Así el máximo órgano judicial estadounidense determinó que lo no patentable era el algoritmo, por su naturaleza abstracta, pero sí era posible patentar el programa en cuanto este permitía que el computador realizara una actividad práctica.

Por su parte, Japón también permite que en ciertos casos, el *software* acceda a un procedimiento patentable.

Como bien dijimos anteriormente, ambos países poseen un sistema concurrencial y alternativo de protección para el *software* que se canaliza a través de las normas protectoras del *copyright* y de las patentes.

Por otro lado, en la Unión Europea, se ha dejado libertad a los Estados miembros para que opten por la protección que estimen más conveniente a sus intereses. En un primer momento (años 2003 y 2004) se impuso el principio de patentabilidad del *software* pero con importantes

excepciones. Sin embargo, posteriormente (Julio de 2005), el Parlamento Europeo rechazó la propuesta de Directiva sobre invenciones implementadas por computador. En España, por citar un ejemplo europeo, los derechos de autor sobre los programas de ordenador están protegidos por la Ley de Propiedad Intelectual.

2.1 Derechos de Autor

Se protege la obra pero no la idea. De allí que los productores de *software* toman la idea de un *software* ya desarrollado y pueden producir un nuevo *software*. Tiene una duración de por vida para el autor y hasta 70 años desde el fallecimiento, para herederos. La protección es internacional. (Fernández Delpech, 2011).

El tema será ampliado posteriormente en el punto 3.3.

2.2 Patentes de Invención

Este es el sistema utilizado por Estados Unidos, Japón y Canadá.

Una patente es un derecho exclusivo concedido a una invención, término por el que se entiende un producto o proceso que ofrezca una nueva manera de hacer algo, o una nueva solución técnica a un problema. Crea un monopolio sobre una tecnología o idea con aplicación industrial. Tiene una duración de 20 años improrrogable. La protección es territorial, por lo que debe patentarse en cada jurisdicción. En este sentido, se puede agregar que el Tratado de Cooperación en materia de Patentes⁶, estipula la presentación de una única solicitud internacional de patentes, que tiene el mismo efecto que las solicitudes nacionales; presentadas en los países signatarios. (Fernández Delpech, 2011 y 2014).

Nuestra Ley N° 24.481 de Patentes de Invención y Modelos de utilidad nos dice que para obtener la protección de una patente, una invención debe satisfacer ciertas condiciones:

⁶ Tratado de Cooperación en materia de Patente (PCT) fue elaborado en Washington por la OMPI el 19 de junio de 1970, enmendado el 28 de septiembre de 1979, modificado el 3 de febrero de 1984 y el 3 de octubre de 2001, y se encuentra en vigor desde el 1 de abril de 2002.

- Debe tener aplicación industrial, entendiendo por tal que el objeto de la invención pueda ser producido o utilizado en la industria (entendida en su más amplio sentido, incluyendo entre otros, la artesanía, la agricultura, la minería, la pesca y los servicios).
- Debe ser novedoso, es decir, debe tener alguna característica que no se encuentre dentro del “estado de la técnica”, que es todo aquello divulgado o hecho accesible al público en cualquier lugar del mundo y por cualquier medio, antes de la fecha de presentación de la solicitud de patente.
- Debe poseer un nivel inventivo, que es cuando una persona de nivel medio versada en la materia correspondiente, la invención no resulta obvia ni se deriva de manera evidente del estado de la técnica (Hess Araya, 2007).

La protección de la patente concretamente implica que la invención no puede ser confeccionada, utilizada, distribuida o vendida comercialmente sin el asentimiento de su titular. Es decir, la patente confiere al titular el derecho a explotar, en forma exclusiva, la invención y a conceder licencias a terceros para la explotación (Hess Araya, 2007).

Ahora bien, según la OMPI (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual) “todos los titulares de patentes deben, a cambio de la protección de la patente, publicar información sobre su invención, a fin de enriquecer el cuerpo total de conocimiento técnico del mundo”.

La inscripción registral de la patente es requisito *sine qua non* de la tutela jurídica, debido a que el registro tiene eficacia constitutiva, a diferencia de los Derechos de Autor.

En nuestra legislación, no se considera invenciones -y por ende patentables- a los programas de computación.

Christian Hess Araya citando a Carlos María Correa dice que:

El obstáculo para la protección del *software* como invento patentable reside en su naturaleza de método o esquema mental compuesto por una serie de sucesivas etapas y operaciones que cristalizan en instrucciones dadas a un ordenador, sin elemento material o tangible (...) ni aplicación industrial inmediata. (2007, p. 46)

En el mismo sentido, Fernando Fuentes Pinzón, también citado por Hess Araya, sostiene que “el *software* (por ejemplo un juego de computadora) no necesariamente cumple con los requisitos de las invenciones patentables como son: novedad, carácter inventivo y aplicación industrial”. (2007, p. 46)

Otras desventajas que ofrece este sistema serían las siguientes:

- El menor plazo de la protección de la patente (improrrogable además) con relación al derecho autoral;
- La territorialidad de la patente, que obliga al titular de la invención a contar con una en cada país en que desee obtener tutela;
- El carácter constitutivo del derecho derivado de la patente, frente al carácter meramente declarativo que tiene la inscripción de una obra;
- La patente exige acreditar que el producto supere el estado de la técnica, requisito que no satisfacen aplicaciones informáticas similares a otras previamente inscriptas;
- Un invento patentable necesariamente debe aportar una solución o ventaja a la técnica o a la industria. Sin embargo, programas como los juegos de computación no aportan soluciones a problemas técnicos o industriales y, por consiguiente, quedarían excluidos de protección.

Para terminar, es menester decir, que la discusión a favor o en contra del recurso de las patentes para proteger el *software* no ha llegado a su fin, debido a que existen muchos defensores de este sistema que argumentan que el mismo ofrece claras ventajas respecto de los Derechos de Autor y permite a los desarrolladores de *software* obtener la máxima rentabilidad de su producto, esto sumado a que tres de los países más importantes en el mundo en materia de producción de *software*, como son Japón, Canadá y Estados Unidos lo utilizan.

2.3. Sistemas de protección *sui generis*

Diversas corrientes doctrinarias vienen afirmando con insistencia que así como la protección del *software* vía patente de invención es inidónea, también lo es la que se pretenda lograr a través del derecho autoral. Consideran que la aplicación al *software* de los conceptos de la propiedad intelectual clásica deviene necesariamente forzada.

En algunos países, como Japón, Brasil y Argentina, entre otros, se ha propuesto la necesidad de crear mecanismos alternativos de protección jurídica para el *software*. Sin embargo, hasta donde sabemos, ninguno ha recibido una aceptación general. En palabras de Fuentes Pinzón, citado por Hess Araya, “solo a nivel doctrinario, esta posición aún conserva defensores, aunque

estos no realizan una elaboración sobre el tipo de protección que debería de imponerse, sino que se limitan a criticar a la protección por el Derecho de Autor y por las Patentes” (2007, p.52).

Las desventajas de un sistema *sui generis* son:

- El destiempo, ya que la protección del *software* por medio de los Derechos de Autor ha sido acogida por la mayoría de las legislaciones del mundo;
- La desprotección internacional. Contemplar un régimen paralelo a los existentes, significaría tener que elaborar Convenios y Tratados, tanto bilaterales como multilaterales, para poder otorgar una protección medianamente uniforme del *software* y permitir su distribución internacional;
- La carencia de objeto. Los autores de esta tendencia no establecen cuales deberían ser los elementos protegibles, ni las limitaciones, ni los derechos de los titulares y de los usuarios, la duración de la protección, el procedimiento correcto para el otorgamiento del título, etcétera, por lo que podemos ver que esta posición doctrinaria es carente de un desarrollo real. (Hess Araya, 2007)

3. Régimen jurídico del *Software* en la República Argentina.

3.1 Evolución de la legislación. Ley 11.723. Decreto 165/94. Ley 25.036

El sistema legal argentino, en torno a la protección del *software*, entendido como Derecho de Autor, comprendido dentro de la categoría de los derechos intelectuales, se ha desarrollado a lo largo de distintas etapas.

Como ya dijimos anteriormente, es indispensable mencionar la Constitución Nacional, como base fundamental de esta categoría de derechos, que en la segunda parte de su artículo 17 establece que “todo autor, o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...”, dando de esta forma similar jerarquía constitucional a los derechos de propiedad intelectual que a los derechos de propiedad mueble o inmueble consagrados también en el artículo 17 (Fernández Delpech, 2011).

“Se puede definir a la propiedad intelectual como el conjunto de normas que regulan los derechos tanto patrimoniales como morales que tiene los autores, inventores, y otros titulares de derechos sobre las producciones fruto de su intelecto” (Fernández Delpech, 2011, p. 11).

La primera Ley de Propiedad Intelectual, dictada en el año 1910 (ley 7092) no tuvo aplicación concreta al carecer de sanciones penales.

Recién en el año 1933, se sanciona la actual Ley N° 11.723 y al año siguiente su Decreto Reglamentario N° 41.233/34 estableciendo un verdadero régimen de propiedad intelectual, protegiendo las obras científicas, literarias y artísticas, con un texto relativamente completo y adelantado para su época, pero obviamente no comprendía entre ellas las obras de *software*, debido a que por aquellos años había pocos indicios del surgimiento de la informática, lo cual se desarrolló décadas más adelante. De esta manera se hizo necesario, una regulación específica que tutelase legalmente dichas obras.

La protección del *software*, llega parcialmente, en primer lugar aisladamente con la Resolución 3/87, emitida por la Dirección Nacional del Derecho de Autor, donde se determinó que las obras de *software* y sus contratos referentes serían registrados en dicho organismo (Tjor, 2014).

Posteriormente con la sanción del decreto 165/94 dictado por el Poder Ejecutivo, el cual incluyó a las obras de *software* en el artículo 1 de la Ley N° 11.723, estableciendo también en sus artículos 2 y 3 el procedimiento de registración de este tipo de obras en la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Consecuentemente, los efectos de este decreto sólo tuvieron trascendencia concreta en cuanto a la regulación de la registración de las obras de *software* y a la responsabilidad que emanaba de la violación de los derechos de autor (Fernández Delpech, 2000).

Si bien se le reconoce a este decreto validez normativa en cuanto a la protección civil del *software* como al procedimiento de registración, por su parte, la doctrina y la jurisprudencia, le negaron validez en materia penal, debido a que era un decreto dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, el cual no tiene facultades para incorporar nuevas figuras delictivas. Consecuentemente esto provocó una nueva reforma legislativa.

La incorporación de algunos tratados internacionales al ordenamiento jurídico argentino, que serán desarrollados en el siguiente punto, provocó, que en el año 1998 se sancione la Ley N° 25.036, denominada “Ley del *Software*”, la cual introduce en forma expresa la tutela de los programas de computación y compilaciones de datos bajo el régimen de propiedad intelectual, ampliando la protección tanto en el orden civil como penal, tipificando una serie de conductas que

hasta entonces no se encontraban, entre otras modificaciones importantes, concretando de esta forma la aspiración generalizada de la doctrina de cumplimentar los lineamientos impuestos por tales acuerdos (Fernández Delpech, 2000).

De ésta manera el actual texto de la ley 11.723 en su artículo 1 ha quedado redactado de la siguiente forma: “A los efectos de la presente Ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, *entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales*⁷, las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas, en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción.

La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

3.2 Tratados Internacionales aprobados por la República Argentina.

A su vez, en materia internacional, el país ha ratificado una serie de tratados correspondientes a la materia. Es de destacar, en primer lugar, el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, adoptado en el año 1886, y posteriormente revisado en Berlín, Roma, Bruselas, Estocolmo y finalmente en París en 1971, y enmendado en Septiembre de 1979, siendo ratificado por nuestro país con la ley N° 25.140 en el año 1999. En su artículo 2 menciona cuales son las obras protegidas: “1. « Obras literarias y artísticas »; 2. Posibilidad de exigir la fijación; 3. Obras derivadas; 4. Textos oficiales; 5. Colecciones; 6. Obligación de

⁷ Se denomina código fuente al que está escrito en algún lenguaje de programación que es legible a los seres humanos, el cual les permite a los programadores escribir sus aplicaciones de manera más sencilla e inteligible. Por su parte, el código objeto es el lenguaje que resulta de la conversión del código fuente al lenguaje de la máquina que se expresa en alfabeto binario (ceros y unos), y por tanto, es ininteligible para el ser humano.

Compilaciones de datos son las producciones constituidas por un conjunto de datos, interrelacionados y compilados con miras a su almacenamiento, procesamiento y recuperación mediante técnicas y sistemas informáticos (concepto del art. 1 inc. b], dec. 165/94)

proteger; beneficiarios de la protección; 7. Obras de artes aplicadas y dibujos y modelos industriales; 8. Noticias”. Si bien tiene un lenguaje amplio de algunos de sus preceptos, concretamente los incisos 1 y 5 del artículo permiten comprender en su texto a los programas de computación y bases de datos, equiparados a las obras literarias y artísticas en general, y a las colecciones respectivamente, susceptibles de recibir la misma protección.

En segundo lugar, la Convención Universal sobre Derechos de Autor, adoptada en Ginebra en 1952 y revisada en París en 1971, conocida como la Convención de Ginebra, aprobado por la Argentina en el año 1957, el cual establece en su artículo 1: “Cada uno de los Estados contratantes se compromete a tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva de los derechos de los autores, o de cualesquiera otros titulares de estos derechos, sobre las obras literarias, científicas y artísticas tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas y cinematográficas y las de pintura, grabado y escultura”.

En tercer lugar, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPs en inglés) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) suscripto en Marrakech en 1994, aprobado en nuestro país por la ley N° 24.425 en el año 1995 incorpora al *software* como categoría protegida bajo la legislación de derechos de autor en su artículo 10.1 donde reza que: “Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971). Las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, serán protegidas como tales. Esa protección, que no abarcará los datos o materiales en sí mismos, se entenderá sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales en sí mismos”.

Como a través de la reforma de la Constitución de 1994, los tratados internacionales adquieren mayor jerarquía que las leyes internas (Art. 75 inc. 22 CN), el Tratado de Marrakech que protege el *software* se incorpora al ordenamiento jurídico argentino con mayor jerarquía incluso que las leyes nacionales, por lo que desde 1995 en adelante podemos afirmar que en Argentina, la protección del *software* a través de los Derechos de Autor es clara (Farinella, 2006).

Por último, el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor de 1996, también ratificado por la ley N° 25.140 en el año 1999, mismo que el Convenio de Berna, dispone en sus artículos 2, 4, 5 y 14:

Artículo 2: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

Artículo 4: “Los programas de ordenador están protegidos como las obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2° del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera sea su modo o forma de expresión.”

Artículo 5: “Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación”.

Artículo 14: “1) Las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, de conformidad con sus sistemas jurídicos, las medidas necesarias para asegurar la aplicación del presente Tratado. 2) Las Partes Contratantes se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos, que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos a que se refiere el presente Tratado, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones”.

3.3 Derechos de Autor.

Tal como adelantamos al inicio de este trabajo, en el sistema legal argentino, las creaciones de *software* se encuentran básicamente protegidas por la propiedad intelectual y de manera más precisa por la disciplina del Derecho de Autor, en iguales términos que las obras del dominio literario. (Farinella, 2006)

Resulta importante repasar algunos conceptos ya desarrollados antes de inmiscuirnos directamente en su estudio.

“Se puede definir a la propiedad intelectual como el conjunto de normas que regulan los derechos tanto patrimoniales como morales que tiene los autores, inventores, y otros titulares de derechos sobre las producciones fruto de su intelecto” (Fernández Delpech, 2011, p. 11).

La principal característica que distingue al ser humano de los demás seres creados es la capacidad de la creación intelectual, que es lo que le permite contribuir al progreso de la humanidad.

Hoy en día, puede clasificarse a la propiedad intelectual en: Derechos de Autor y Propiedad Industrial.

Los Derechos de Autor, están dirigidos a proteger las creaciones intelectuales, en sus aspectos morales y patrimoniales, surgidos de una obra científica, literaria o artística, tales como obras dramáticas, composiciones musicales, dibujos, pinturas, esculturas, *software* y bases de datos, fonogramas, videogramas, páginas web, etcétera (Fernández Delpech, 2011).

Volviendo brevemente a la discusión sobre la protección jurídica que ofrece el régimen de Derechos de Autor, en contraposición principalmente con el régimen de patentes, vemos que optar por aplicar al *software* la tutela del derecho autoral tiene ventajas indudables. Las podemos sintetizar así:

- Se evita tener que revelar el código fuente de la aplicación.
- La protección es internacional.
- El plazo de protección es mayor.
- Desaparecen las exigencias de novedad y aplicabilidad industrial propias de las patentes.

El Dr. Fernández Delpech (2011) nos cuenta, que en los últimos años se han multiplicado los detractores de los derechos de autor. Afirman éstos que los derechos de autor son un obstáculo para el acceso a la cultura y que consecuentemente debieran desaparecer. Consideran que la reproducción de las obras debe ser libre para facilitar su llegada a todos los sectores de la sociedad.

El norteamericano Richard Stallman es uno de los promotores más fecundos de estas ideas de la circulación de los bienes intelectuales sin derechos de autor. Sus ideas han tenido acogida en muchos, e incluso se ha llegado a la fundación de partidos políticos denominados piratas, como los de Suecia y Francia.

Los fundadores del partido francés explican que los valores de su partido se corresponden a los de la generación numérica, la cual ubica la libertad, la protección de la vida privada, el hecho

de compartir la cultura y la ciencia, la apertura del espacio público, la solidaridad y la democracia, en el centro de su acción.

Pero estos detractores de los derechos de autor se olvidan de que todas esas obras intelectuales que ellos pretenden que circulen libremente; son sin duda el fruto de muchas horas de trabajo y sacrificio de autores y editores, y configuran uno de los patrimonios más valiosos de nuestra sociedad.

Los derechos de autor están íntimamente ligados con la producción de bienes culturales. Es necesario entonces fomentar la búsqueda del conocimiento recompensado a quienes la efectúan. De allí la necesaria existencia de los regímenes de derechos de autor. Si los autores no tuvieran el incentivo de la retribución económica y las armas legales para proteger a la obra intelectual y para luchar contra la reproducción ilícita de las obras, los mismos dejarían de producir intelectualmente.

Dice Fernández Delpech (2011), que no concibe un mundo con total libertad en la circulación de las obras y sin retribución para los productores de este bien intangible tan valioso como es la propiedad intelectual. Las creaciones intelectuales deben circular y el acceso a ellas debe facilitarse, pero sin por ello eliminar los legítimos derechos de sus titulares.

La legislación argentina de derechos de autor fue concebida para el mundo del libro impreso en papel, en donde no se imaginaron las modernas técnicas de duplicación y copia, y menos aún la irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICS).

Pero esas nuevas tecnologías de la información y la comunicación no nos puede llevar ahora a la renuncia de los derechos intelectuales. Por el contrario, la reafirmación de estos derechos es necesaria en un mundo tan competitivo.

Con total acierto la Declaración Mundial sobre la Propiedad Intelectual, adoptada por la OMPI el 26 de junio de 2000⁸, establece:

- Los derechos de propiedad intelectual son un incentivo para los creadores y garantizan que los usuarios tengan acceso a los beneficios de la creatividad en pie de igualdad.
- Los derechos de propiedad intelectual constituyen una parte fundamental e integrante de todo marco jurídico encaminado a reglamentar con equidad el proceder de creadores y usuarios, y a proteger a escala universal los intereses de todos.
- Los derechos de propiedad intelectual son un elemento esencial en el empeño de responder al imperativo de desarrollo para todo.

⁸ <http://www.wipo.int/about-wipo/es/pac.ipdeclaration.htm>

- Igualmente en el ámbito del desarrollo, contar con un sistema eficaz de propiedad intelectual es indispensable para asegurar la inversión en sectores fundamentales de las economías nacionales, particularmente en países en desarrollo y los países en transición.

El Dr. Fernández Delpech, citando a Delia Lipszyc nos dice con acierto que:

La inclusión del derecho de autor entre los derechos fundamentales en las constituciones nacionales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, importa el reconocimiento de que se trata de un atributo inherente al ser humano y que, como tal, su protección adecuada y eficaz no puede ser desconocida. (2011, p. 17 y 18)

3.3.1 Diferencia con el *Copyright*.

Fernández Delpech (2011) nos dice, que hablar de Derechos de Autor como sinónimo del término *copyright*, es equivocado. Los Derechos de Autor tienen su origen en el sistema continental europeo, fundamentalmente en el sistema francés, mientras que el *copyright* proviene del sistema anglosajón o del *common law*.

Ambos sistemas tienen en común la protección de la propiedad intelectual. Pero mientras el sistema de derechos de autor protege a la creación intelectual de los autores en sus aspectos patrimoniales y morales, en el *copyright* la protección se limita fundamentalmente a los derechos de orden patrimonial; de allí el término *copyright*, que significa derecho de copia.

Es por ello, que si bien tienen enormes puntos de contacto, ambos sistemas: “Derechos de Autor” y “*Copyright*”, son conceptos con alcances y ámbitos diferentes.

3.3.2 Obras protegidas.

Nuestra ley 11.723 modificada por la denominada Ley del Software N° 25.036 de 1998, en su artículo 1 dispone: “A los efectos de la presente ley, las obras científicas, literarias y artísticas comprenden los escritos de toda naturaleza y extensión, entre ellos los programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales; las obras dramáticas, composiciones musicales, dramático-musicales; las cinematográficas, coreográficas y pantomímicas; las obras de dibujo, pintura, escultura, arquitectura; modelos y obras de arte o

ciencia aplicadas al comercio o a la industria; los impresos, planos y mapas; los plásticos, fotografías, grabados y fonogramas; en fin, toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción...”

Como vemos por la frase final, la enumeración de obras protegidas no es taxativa, sino meramente enunciativa.

Vale aclarar, que con la incorporación del *software* dentro del régimen de los derechos de autor, se reafirmó la postura de la legislación argentina que no admitía el patentamiento de las obras de *software*. Tal como dijimos anteriormente, esta postura difiere de otras legislaciones, fundamentalmente la de países exportadores de *software* como Estados Unidos, Japón y Canadá, que desde no hace muchos años protegen al *software* dentro del régimen de patentes.

Vemos así como la ley 11.723 enumera en el artículo 1 a las obras protegidas, enmarcándolas dentro del concepto de obra científica, literaria, artística o didáctica, pero no nos da el concepto de qué se entiende por tal tipo de obras.

Miguel Ángel Emery, citando a Satanowsky, nos dice que “toda la doctrina está conteste en que debe tratarse siempre de una expresión personal, original y novedosa de la inteligencia, resultado de la actividad del espíritu, que tenga individualidad, que represente o signifique algo y sea una creación integral” (1999, p. 11).

Por su parte, la Cámara Nacional Civil y Comercial, sala D, en el caso “Guía Práctica del Exportador e Importador S.R.L. c/ Empresa I.A.R.A. y otro” ha expresado:

Es sabido que la ley 11.723 no define qué debe entenderse por obra o producción científica, literaria o artística, ni tampoco indica los requisitos que aquellas mismas han de reunir para merecer su protección. El artículo 1 contiene una enumeración general, pero no taxativa, por lo que entran en su ámbito todas las obras intelectuales que constituyan una creación personal y original del espíritu.

3.3.3 Las ideas no están protegidas.

No todas las producciones del intelecto humano tienen el amparo de los ordenamientos jurídicos. Las simples ideas no tienen la protección de la ley, pero cuando las ideas se exteriorizan en forma original, poseyendo individualidad e integridad propia, se transforman en una obra intelectual, que merece entonces el amparo del ordenamiento jurídico.

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia, que ha distinguido claramente entre ideas y obras, estableciendo que la ley protege solo a las segundas, y que por lo tanto las ideas que no están plasmadas en una obra intelectual no tienen la protección del derecho intelectual (Fernández Delpech, 2000, p. 7).

Fernández Delpech, citando a Pablo Palazzi nos señala que “el derecho de autor ampara exclusivamente las obras, que son la expresión de una idea, pero no la idea en sí misma considerada”. Y continúa diciendo “si el derecho amparara las ideas estaría dando al titular de una obra un derecho mucho mayor que la obra en sí: se impediría el desarrollo de obras posteriores que podrían ser fruto de la propia expresión del nuevo autor, elaboradas en forma independiente, pero con base en una idea similar” (2011, p. 23 y 24).

El fundamento de este principio de no protección de las ideas está dado por el justo equilibrio que debe existir entre el derecho de autor y el derecho de la comunidad.

La ley 11.723 en su texto original nada establecía sobre esta cuestión, que no fue incluida sino hasta la reforma introducida en el año 1998 por la ley 25.036, donde se estableció claramente en la parte final del artículo 1: “... La protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí.”

La norma es clara: la idea no tiene protección, lo que se protege es la forma en que la idea se expresa, es decir, las obras que resultan de la expresión de las ideas.

A nivel internacional, no se establecía nada al respecto, recién con el Acuerdo ADPIC de 1995 fue tratado el tema, donde en su artículo 9.2 se dispuso: “La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí”.

Posteriormente el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor de 1996 legisló el principio de manera idéntica en su artículo 2.

Por otro lado, en la legislación norteamericana, la ley del *Copyright* establece: “En ningún caso, la protección acordada por el *copyright* a la obra original de un autor puede extenderse a las ideas, procedimientos, procesos, sistemas, métodos operatorios, conceptos, principios o descubrimientos, cualquiera que sea la forma en que ellos sean descriptos, explicados, ilustrados o incorporados en tal obra”.

Resulta evidente, que la ley 11.723 con la modificación introducida por la 25.036 adopta casi textualmente la norma introducida en dichos tratados.

La jurisprudencia argentina, salvo algunos casos aislados, siempre aceptó tal principio, rechazando el amparo de las ideas como derechos de autor, distinguiendo claramente entre ideas y obras.

La excepción la constituyen algunos casos, entre los que sobresale el caso Pantano c/ Jockey Club y el fallo Torbey c/Telecom.

Fernández Delpech (2011) nos cuenta que, en el caso Pantano, el actor registró y depositó como obra inédita y bajo la denominación “memoria descriptiva de aplicación comercial”, la inclusión del “Placé” en el sistema de la apuesta triple de los hipódromos. Luego de ello presentó la idea entre otros al Jockey Club, que al tiempo implementó esta modalidad de apuesta, pero se negó a retribuir al autor. Éste demandó judicialmente y obtuvo sentencia favorable en ambas instancias, sentencia que condenó al Jockey Club a abonar al actor una importante suma en concepto de indemnización, basada en la pericia contable realizada en el juicio que demostraba un aumento importante en la apuesta triple, desde el momento en que se había implementado la idea de Pantano. En los fundamentos del fallo, la Cámara expresó:

La creación del actor a la que él califica impropia y con modestia “idea” fue eso y algo más que eso, puesto que lo que él ofreció a la demandada fue la manifestación material de su pensamiento, fue su obra intelectual cuya aptitud para ser reproducida y utilizada, como lo fue, es prueba de la causa de autos, cuyo sustento está en la previa registración y posterior oferta a quien estaba en condiciones de utilizarla beneficiándose⁹.

Este fallo de Cámara fue criticado por casi toda la doctrina.

Las ideas no pueden considerarse obras, y si se otorgase derechos exclusivos sobre esas ideas, se atentaría contra el interés general, ya que se frenaría el desarrollo de esas ideas en obras concretas.

Por su parte, en el fallo Torbey c/Telecom, se efectuó un interesante análisis en un reclamo de protección de derechos sobre un plan de comercialización.

⁹ Cámara Nacional Civil, Sala C, “Pantano Juan c/Jockey Club de Buenos Aires” (Sentencia de fecha 19 de abril de 1974)

En el año 2000 un empleado de Telecom presentó un proyecto a la empresa que consistía en un plan familiar de telefonía que proponía a los clientes una tarifa reducida para los llamados entre una línea fija y líneas de celulares del grupo. Al tiempo Telecom lanzó su “Plan Grupo Familiar”, que en sustancia era casi idéntico al proyecto del actor, pero no le reconoció la paternidad de la obra ni ninguna compensación económica.

Promovida acción judicial de daños y perjuicios derivados del presunto plagio, se hizo lugar en primera instancia a la demanda y recientemente la Cámara Civil confirmó el fallo, en donde si bien reitera el principio de la libertad de las ideas, consideró además que el plan de comercialización presentado por el actor era más que una idea ya que estaba desarrollada concretamente por escrito en forma original y consecuentemente se lo podía calificar como obra intelectual protegible bajo el régimen del derecho de autor.

Dijo allí la Cámara Nacional Civil:

Para que se configure el plagio es necesario que: a) la obra conforme una imitación, es decir, algo más que una inspiración y menos que una copia servil; b) la parte imitada constituya fundamento original y novedoso de la creación que ha dado nacimiento al derecho de autor; y c) lo imitado no sea la idea sino la línea argumental, la composición del plan o el desarrollo original dado a la acción.

Cabe considerar que, en el caso, se encuentran configurados todos los elementos tipificantes del plagio, ya que de las pruebas aportadas surge que la empresa demandada ha imitado el desarrollo de un plan de comercialización original y propio de la creación del actor. El dolo resulta necesario para tipificar el plagio, pues es ineludible el conocimiento de que existe otra obra anterior cuya parte original es apropiada. Puesto que, en el caso, no cabe duda de que la demandada conocía que el producto comercializado consistía en una burda imitación del proyecto presentado por el actor, cabe concluir que el plagio resulta evidente, ya que su dolo o mala fe surge del conocimiento de la obra plagiada. En efecto, cuando resultare claramente la usurpación o apropiación indebida, no hacen falta excesivas indagaciones para determinar los propósitos del plagiario, sino que basta la imitación, la cual crea contra este último la presunción de mala fe, que resulta del conocimiento del derecho que usurpa. El autor de una obra intelectual tiene derecho al beneficio que hubiera podido obtener de no mediar la utilización ilícita o la mejor remuneración que hubiera podido

percibir de haber autorizado la explotación; por esta razonable alternativa se evita que sea más beneficioso infringir el derecho de autor que respetarlo, pues si el utilizador paga un precio más bajo en un juicio que negociando con el titular del derecho se alientan las infracciones¹⁰.

Fernández Delpech (2011) considera que ambos casos son peligrosas excepciones al principio de que las ideas no se encuentran protegidas. Quizás pudo hacerse lugar a las demandas, pero por alguna otra vía, como sería por ejemplo el enriquecimiento sin causa, y no por el régimen de los derechos de autor.

3.3.4 Titularidad de los derechos. Caso particular del trabajador creador de una obra de *software*.

El artículo 4 de la ley 11.723 de Propiedad Intelectual enumera quienes son los titulares de los derechos:

- a) El autor de la obra;
- b) Los herederos o derechohabientes del autor;
- c) Los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante;
- 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.

A) Autores y Coautores. Obra en colaboración y obra colectiva

El autor es el titular originario de la obra que ha creado y a él está dirigida la mayor parte de la protección que otorgan los derechos de autor. Esa protección abarca a los derechos morales y patrimoniales que el autor detenta sobre su obra. El régimen de la ley 11.723 está fundamentalmente dirigido a la defensa de los derechos de autor sobre su obra (Fernández Delpech, 2011).

¹⁰ Cámara Nacional Civil, Sala K, “Torbey, Salid H c/Telecom Personal S.A.” (Sentencia de fecha 19 de septiembre de 2009)

El autor es la persona física que crea la obra por sí mismo en forma exclusiva (Obra exclusiva).

Si bien, nada impide que un programa de computación sea desarrollado por una sola persona, lo habitual es que el *software* sea producido por múltiples individuos, en cuyo caso es necesario diferenciar, a los efectos de la tutela legal, si en la obra es posible distinguir o no el aporte concreto de cada uno (Hess Araya, 2007).

Cuando el autor elabora en común con otras personas, aparecen:

- La obra en colaboración;
- La obra colectiva.

La obra en colaboración es la producida por dos o más autores, en la cual si bien los aportes efectuados por cada uno son objetivamente identificables entre sí, existe una inseparabilidad de las contribuciones de cada autor que convergen en una sola obra de carácter común, no pudiendo considerarlas creaciones independientes. A cada uno de los contribuyentes se los denomina creadores en colaboración o coautores y entre ellos existe un condominio sobre la obra (el *software* en este caso), al que rigen las normas del Código Civil y por el cual pertenece a cada uno de ellos la proporción que determinen, entendiéndose que en ausencia de otra fijación, lo harán por partes iguales (Fernández Delpech, 2011; Hess Araya, 2007).

La ley 11.723 en su artículo 16 y bajo el título “De la Colaboración” regula este tipo de obras y expresa lo siguiente: “Salvo convenios especiales los colaboradores de una obra disfrutan derechos iguales; los colaboradores anónimos de una compilación colectiva, no conservan derecho de propiedad sobre su contribución de encargo y tendrán por representante legal al editor”.

La obra colectiva es aquella en la que existen varias personas que participan en la elaboración de la obra. En este caso, ya sea por el elevado número o por el carácter indirecto de las contribuciones, los aportes de los distintos autores se fusionan en la totalidad de la obra de modo que resulta imposible separarse ni diferenciarse. Por todo ello, la titularidad de la obra corresponde a la persona física o jurídica que se ha encargado de impulsar, financiar y coordinar la misma (Fernández Delpech, 2011; Hess Araya, 2007).

Hess Araya citando a José Carlos Erdozain, nos dice que “la obra colectiva nace como respuesta funcional a la exigencia de que las personas jurídicas puedan ser consideradas como autor, venciendo de esa manera la tradicional oposición mostrada a que sujetos que no fuesen personas físicas pudieran atribuirse derechos creativos” (2007, p. 27).

En el particular caso del *software*, esto explica que los derechos de autor generalmente corresponden a una empresa determinada.

Para finalizar, corresponde distinguir el concepto de “autor” con el de “titular de derechos de autor”. Son dos conceptos distintos. El autor es el titular originario de los derechos de autor sobre la obra, pero pueden existir otras personas que sin ser autores son sí titulares de esos derechos, como es el caso de los herederos o de las personas (físicas o jurídicas) a las que el autor ha cedido o transferido total o parcialmente sus derechos sobre la obra (Fernández Delpech, 2011).

B) Herederos o derechohabientes del autor

Una vez producido el fallecimiento del autor, sus herederos o derechohabientes pasan a ser los titulares de los derechos que éste tenía sobre la obra. En principio solo se transfieren los derechos patrimoniales y ciertos derechos morales, aunque la mayoría de los autores afirman que los derechos morales no son transmisibles a los herederos del autor, Fernández Delpech (2011) se diferencia de esta idea, y afirma que algunos derechos morales sí pasan a sus herederos, tales como el derecho a oponerse a la violación de la paternidad del autor sobre la obra y el derecho a defender la integridad de ésta.

La ley menciona en el inc. b del artículo 4 los términos herederos o derechohabientes, como si se tratara de sinónimos, sin embargo entendemos que no lo son, ya que se refieren a distintos titulares derivados del derecho de autor, siendo “heredero” aquel que resulta titular en virtud de una transmisión por causa de muerte, mientras que “derechohabiente” es quien resulta titular como consecuencia de un acto entre vivos, tal como enajenación o cesión total o parcial (Fernández Delpech, 2011).

Análogamente, como ya vimos en el tema de las obras en colaboración anteriormente, creemos que en el caso de los herederos o derechohabientes, si son varios, se produce un condominio sobre la obra y deben aplicarse las normas del Código Civil y Comercial de la Nación al respecto.

C) Trabajador creador de una obra de *software*

Con relación a las obras de *software*, que son el objeto principal de nuestro trabajo, el inciso d del artículo 4, introducido a la ley 11.723 en el año 1998 por la ley 25.036, establece que son titulares del derecho de propiedad intelectual sobre las obras de *software*: “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”.

Se entiende, que lo que la norma quiere expresar es que si una empresa contrata a un trabajador, bajo relación de dependencia, para elaborar un programa, y durante su relación laboral el trabajador produce éste u otro programa, la titularidad del programa producido es propiedad de la empresa. En este caso, lo que se produce es un desplazamiento de los derechos patrimoniales del autor sobre su obra hacia la empresa, pero no de los derechos morales, que continúan en cabeza del autor (Fernández Delpech, 2011).

Esta norma de la ley de Propiedad Intelectual, estableció un principio diferente del establecido en el artículo 82 de la Ley de Contrato de Trabajo, en donde se establece la propiedad por parte de la empresa de las invenciones o descubrimientos, fórmulas, diseños, materiales y combinaciones, pero solamente cuando el trabajador fue contratado para ese objeto específicamente, o sea para investigar o desarrollar una obra determinada. Esta norma de la Ley de Contrato de Trabajo indudablemente se aplica a todo tipo de obras, excluyendo las de *software*, a las que sí se aplica el artículo 4 de la 11.723 ya mencionado. Por ende, para la LCT, para que la empresa sea la propietaria, la nueva obra debe ser el objeto del trabajo específico para el cual fue contratado el trabajador, pero si la nueva obra no integra el objeto de la contratación sobre la que tenía que desarrollar, la nueva obra es propiedad del trabajador y no de la empresa (Fernández Delpech, 2011).

Este nuevo inciso del artículo 4 incorporado a la ley de Propiedad Intelectual, motivó en su momento, una serie de discusiones en la Cámara de Senadores de la Nación al tratarse el proyecto de ley. El Senador Yoma se opuso tenazmente a este artículo con fundamento en que el mismo era contrario a lo dispuesto en la LCT, en donde se indica que la propiedad es del trabajador salvo aquel trabajo que le fue encomendado y para el que fue contratado. En tal sentido, el senador Yoma propuso modificar en el proyecto la referencia que establecía “cuyos dependientes contratados

para elaborar un programa de computación hubiesen producido un programa de computación” por “cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación hubiesen producido ese programa de computación”. Tal postura no fue aceptada por el resto del Senado (Fernández Delpech, 2000).

Por otro lado, la Ley de Patentes N° 24.481, modificada por la ley 24.572, establece en su artículo 10 un criterio similar al de la ley de Propiedad Intelectual, y por ende, también diferente al de la Ley de Contrato de Trabajo. Incluso algunos autores afirman que este artículo 10 deroga de hecho la norma de la Ley de Contrato de Trabajo. No compartimos esa opinión, y creemos que el supuesto contemplado en el artículo 10 de la ley de Patentes se refiere únicamente a obras incluidas en el régimen de las patentes industriales (Fernández Delpech, 2014).

De modo que existirán tres supuestos diferentes sobre este tema, con los criterios antes expuestos de titularidad:

- El de la Ley de Patentes, para las obras incluidas en el régimen de patentes;
- El de la Ley de Propiedad Intelectual, para las obras de *software*;
- El de la Ley de Contrato de Trabajo, para las restantes obras.

3.3.5 Objeto y contenido de los derechos de autor. Derechos morales y patrimoniales.

Ya hicimos referencia a que las obras científicas, literarias o artísticas estarán protegidas si son personales, integrales, creativas y son el resultado de la actividad intelectual de su autor. Y también mencionamos que el Derecho de Autor confiere a los autores un derecho de propiedad, que si bien es un derecho único, incluye los aspectos patrimoniales y morales de dichas obras.

Los derechos morales garantizan al autor intereses personales y de integridad de la obra, en otras palabras, protegen su paternidad intelectual. Los derechos patrimoniales le permiten obtener un beneficio económico por la utilización de aquella por parte de terceros.

Por su parte, nuestros tribunales han dicho al respecto:

“Los derechos intelectuales tiene una naturaleza *sui generis*, son autónomos y están integrados por dos elementos: el personal o moral del autor y el patrimonial o económico. La distinción entre ambos es únicamente científica y didáctica, ya que en realidad el intelectual es indivisible, pues el llamado derecho moral no es un derecho

distinto e independiente del patrimonial, sino un haz de facultades inalienables e imprescriptibles, porque están en la raíz del derecho del creador”¹¹

3.3.5.1 Los derechos morales

Los autores (sean o no titulares de los derechos patrimoniales) gozan de ciertos derechos morales, que les permiten tomar determinadas medidas para preservar el nexo personal existente entre autor y obra; es decir, para salvaguardar el aspecto inherente a la personalidad del autor que se refleja en su obra. En particular, este concepto lo legitima para:

- Reivindicar una obra como suya;
- Exigir que se indique su nombre en los ejemplares de la obra y en otros usos de la misma;
- Y oponerse a la mutilación o deformación de la obra (Hess Araya, 2007).

En el sistema del *Copyright*, como ya vimos, el derecho está dirigido casi exclusivamente a su aspecto patrimonial. En el sistema de los derechos de autor es tan válido el derecho moral sobre la obra, como el derecho patrimonial que se tiene sobre ésta.

Pero ese derecho moral está unido a la calidad de autor y es perpetuo, absoluto, inestimable, inalienable, irrenunciable e imprescriptible (Fernández Delpech, 2011).

La ley 11.723 no regula en forma armónica los derechos morales de los autores, sino que se refiere a ellos en forma incidental y de manera asistemática a lo largo de su articulado.

En el artículo 51, cuando se refiere a la posibilidad del autor o sus derechohabientes de ceder o enajenar total o parcialmente la obra, manifiesta que el adquirente no puede: “alterar su título, forma y contenido”. Agregando luego en el artículo 52 que: “Aunque el autor enajenare la propiedad de su obra, conserva sobre ella el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título, en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor”.

También en el artículo 22 establece el derecho a la mención de su nombre del autor cinematográfico, en el artículo 39 la imposibilidad del editor de alterar el texto de una obra, en el artículo 47 la inmodificabilidad de la obra teatral por el empresario encargado de su representación. Por último, también los artículos 56 y 83 hacen una mención al tema, que no nos parece importante desarrollar.

¹¹ Cámara Nacional Civil, Sala C, “Cresseri, Artidorio Suc c/SADAIC” (Sentencia de fecha 19 de septiembre de 1978)

Estos artículos son las únicas referencias de la Ley de Propiedad Intelectual con relación a los derechos morales de los autores.

Por otra parte, debemos tener en cuenta lo que establece el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, aprobado por la República Argentina mediante ley 25.140, donde se consagran los derechos morales de los autores sobre sus obras al establecer:

“1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de 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.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1 serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos....”

Esta normativa de Berna es ley para la Argentina, atento a la ratificación efectuada del Convenio por ley 25.140, por lo cual debe integrarse con las normas de la ley 11.723, para darnos el cuadro total de la regulación de los derechos morales.

A continuación, siguiendo a Fernández Delpech (2011) vamos a analizar las características de estos derechos morales de los autores sobre sus obras.

En primer lugar, el autor es quien decide divulgar o no la obra. Se podría desdoblar este concepto de divulgación en:

- Derecho a dar a conocer la obra.
- Derecho a mantener reservada la obra.
- Derecho de retractarse o retirar de circulación la obra y mantenerla luego en reserva.

Dicho autor, cree que la obra se considera divulgada cuando es puesta en conocimiento público por decisión del autor, saliendo de su ámbito o esfera privada.

En segundo lugar, el autor tiene derecho a que se reconozca su paternidad sobre la obra, o sea que se le reconozca como el creador de ésta, pudiendo disponer su anonimato o que sea indicado su nombre o el uso de un seudónimo. Este derecho del autor a que se le reconozca la paternidad sobre su obra se conserva aún después de la cesión de la obra, pudiendo

consecuentemente reivindicar su paternidad y oponerse a cualquiera que quiera deformarla, mutilarla o modificarla de cualquier modo, antes o después de ceder o transferir la obra.

Este derecho de paternidad le confiere al autor también el derecho de defender su autoría ante terceros que la pretendan o se la impugnen.

En tercer lugar, el autor tiene derecho a que se respete la integridad de la obra, o sea hacerla respetar como él la ha creado, pudiendo oponerse a cualquier modificación o mutilación de ésta. Este derecho a hacer respetar la integridad de la obra es transmisible a los herederos o derechohabientes del autor y lleva implícito el derecho a oponerse a todo acto de menosprecio con respecto a la obra que sea perjudicial para el honor o reputación del autor.

También la Cámara Comercial en un interesante fallo describe los derechos morales de los autores sobre sus obras, cuando expresa:

“Cuando se trata del autor de alguna obra de arte, el derecho moral tiene por objeto defender su personalidad de posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora, es un derecho de la personalidad del creador inalienable e irrenunciable en razón a su obra. Nace como derecho subjetivo en cabeza exclusiva del autor con varios de los caracteres de los derechos de aquella y se funda en el principio de que la personalidad humana es intangible y trata de evitar que se perjudique, en lo esencial, los intereses personales o artísticos del autor. En otros términos, designa el conjunto de facultades destinadas a la protección de la personalidad del autor de una de las posibles lesiones a su capacidad o calidad creadora, y está integrado, entre otros, ‘por el derecho a exigir que se respete su paternidad intelectual y la integridad de su obra’ que en Francia se denomina ‘Derecho de respeto’: al nombre del autor, a su calidad de tal y a su obra. En razón de ello, cuando ese derecho es lesionado, se le causa un agravio moral que debe ser resarcido”¹²

Por último, es importante destacar, que los derechos morales nacen con la creación de la obra y su existencia y reconocimiento es independiente del registro de la obra.

Para concluir, se podría decir que los derechos morales tienen para el autor las siguientes características:

- Son personales e inherentes a su persona, pues nacen de un acto creador del autor.

¹² Cámara Nacional Comercial, Sala A, “Cresta Norberto c/ Galería de arte de Santi y de Santi Hector s/Ordinario” (Sentencia de fecha 25 de Octubre de 2007)

- Son perpetuos, por ser inherentes a la persona, a diferencia de los derechos patrimoniales que están limitados en el tiempo.
- Son extrapatrimoniales o inestimables, pues no pueden estimarse en dinero, si bien su violación puede producir derechos resarcitorios de carácter patrimonial a favor del autor.
- Son transmisibles a los herederos por causa de muerte, y en algunos casos son transmisibles también a los derechohabientes.
- Son absolutos, ya que pueden ser oponibles *erga omnes*.
- Son inalienables, ya que en su gran mayoría, permanecen en el autor aun luego de transferidos los derechos patrimoniales sobre la obra.
- Son irrenunciables e inexpropiables, por ser prerrogativas inherentes a la persona.
- Son imprescriptibles, ya que no se pueden adquirir ni perder por el transcurso del tiempo.

La Cámara Civil ha resumido estas características en el fallo precedentemente mencionado de Cresseri c/SADAIC donde expresó:

“El principio de perpetuidad de los derechos de autor se desprende de dos hechos básicos: 1º) la obra queda siempre dentro de la esfera del autor. La vigencia sin término del derecho moral es un lógico complemento de la inalienabilidad del mismo. El autor puede siempre reivindicar su derecho moral, que subsiste por sobre todos los plazos a favor de terceros a que haya podido someter, y que sólo rigen en el aspecto pecuniario; 2º) la obra constituye por sí misma algo autónomo, perfecto, cerrado, cuya pureza debe mantenerse por encima de los plazos que condicionan el derecho pecuniario”¹³

3.3.5.2 Los derechos patrimoniales

Fernández Delpech (2011) nos dice que los derechos subjetivos patrimoniales le dan al autor la exclusividad de la explotación de su obra por cualquier procedimiento y, consecuentemente, la facultad de obtener beneficios económicos derivados de aquella.

¹³ Cámara Nacional Civil, Sala C, “Cresseri, Artidorio Suc c/SADAIC” (Sentencia de fecha 19 de Septiembre de 1978)

Son derechos que poseen el actor y sus herederos o derechohabientes a gozar de los beneficios económicos que derivan de la obra, derechos que se extienden por un período determinado de tiempo y que son transmisibles a terceras personas físicas o jurídicas, a título gratuito u oneroso.

Los derechos patrimoniales se encuentran dentro de la esfera de los derechos reales, pero como un típico dominio imperfecto sobre un bien inmaterial, tanto por la limitación del plazo para los herederos o derechohabientes del autor, como por su condición de revocable. Por otra parte, también existe otra diferencia de la propiedad intelectual con el dominio clásico, respecto de la forma de adquisición, ya que en la primera se produce por el acto de creación de su autor y en el segundo, son varias las formas enumeradas en el CCyCN (Ejemplo: la apropiación, avulsión, aluvión, transformación, etc.)

Los derechos patrimoniales del autor sobre su obra, a diferencia de los derechos morales, son de carácter temporal (sujetos a plazo), renunciable, cuantificable y transmisible.

Por su parte, Hess Araya (2007) nos enseña que estos derechos patrimoniales distan mucho de ser absolutos o irrestrictos, pudiendo sufrir ciertas atenuaciones o limitaciones, en atención de ciertas finalidades socialmente relevantes. En esencia, estas limitantes se manifiestan: a) en el carácter temporal de estos derechos; b) en las diversas excepciones y exclusiones previstas en la ley; y c) en la noción de ‘usos honestos’ de una obra.

Bajo este último concepto (que es de gran interés para el *software*) algunas utilizaciones estrictamente determinadas (como por ejemplo las citas bibliográficas, el uso de obras para la enseñanza) son completamente libres, es decir, no requieren ni la autorización ni el pago de remuneración alguna al titular del derecho de autor. En el caso particular del *software*, existe también en este sentido, lo que se denomina “copia de salvaguarda”, de la cual nos ocuparemos en detalle más adelante. Se les conoce como ‘usos honestos’ de una obra.¹⁴

Fernández Delpech citando a Delia Lipszyc nos dice que:

Los derechos patrimoniales no están sujetos a *numerus clausus*. Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado. (2011, p. 58)

¹⁴ Por ‘usos honestos’ entendemos los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor

Por lo tanto, podemos decir que, los derechos patrimoniales de explotación del autor son genéricos y tan numerosos como numerosas sean las formas de explotación que se pueda dar a la obra creada.

El artículo 2 de la ley 11.723 efectúa una enumeración, evidentemente no taxativa sino meramente enunciativa, de los derechos patrimoniales del autor, al establecer: “El derecho de propiedad de una obra científica, literaria o artística, comprende para su autor la facultad de disponer de ella, de publicarla, de ejecutarla, de representarla, y exponerla en público, de enajenarla, de traducirla, de adaptarla o de autorizar su traducción y de reproducirla en cualquier forma.”

Fernández Delpech (2011) nos da las siguientes clasificaciones de los derechos patrimoniales:

- Derecho de disposición: la ley establece que el derecho de propiedad de una obra, “comprende para su autor la facultad de disponer de ella”, adoptando similar criterio que el derecho de disposición de las cosas que establece el Código Civil en el artículo 1941, cuando preceptúa: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley...”

Este derecho de disposición es un derecho de carácter exclusivo que tiene como corolario los restantes derechos patrimoniales del autor: reproducción, distribución, alquiler, comunicación pública, transformación y participación.

- Derecho de reproducción: Derecho de autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier procedimiento o bajo cualquier forma.
- Derecho de distribución: Derecho de poner a disposición del público el original o copias de la obra mediante su venta, o cualquier otra forma de transferencia de la propiedad, o mediante el alquiler o la cesión temporal de la obra.
- Derecho de comunicación pública: La comunicación pública es el acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas, y genera consecuentemente un derecho de contenido patrimonial para el autor.
- Derecho de transformación: Derecho de autorizar a otro la modificación de la obra, ya sea por traducción, adaptación o cualquier otra modificación en su forma de la que se derive

una obra diferente. En el caso de las bases de datos, se considera transformación su reordenación.

- **Derecho de participación:** Es el derecho que tienen los autores de obras artísticas de recibir una parte del precio que se obtiene en las sucesivas ventas de la obra original por ellos creadas. Hasta la fecha no ha sido instrumentada en la Argentina.

Estos derechos patrimoniales son independientes entre sí, por lo que el otorgamiento de uno de ellos no se extiende a los demás. Puede entonces el autor demandar por la utilización fuera del destino expreso de la autorización, como también por la explotación luego de concluido el plazo de vigencia o en ámbitos diferentes de los convenidos.

A) Derecho de Reproducción

El derecho de propiedad del autor sobre su obra tiene como lógica consecuencia una serie de derechos de orden patrimonial, uno de los cuales, y posiblemente el más importante es el derecho de reproducción.

El derecho de reproducción es la facultad exclusiva que tiene el autor, o en su caso el editor de la obra, de autorizar o prohibir su reproducción, y se encuentra consagrado por todos los Convenios Internacionales a partir del Convenio de Berna, y receptado por nuestra ley de Propiedad Intelectual en su artículo 2, entendiéndose por reproducción a la realización de una o más copias de la totalidad o de una parte de una obra, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. El objeto de reproducción puede ser cualquiera de las obras protegidas por el régimen de los derechos de autor (Fernández Delpech, 2011).

En este sentido, cualquier acto de reproducción que no cuente con la expresa autorización de su autor, herederos o derechohabientes o del titular de los derechos sobre la obra, configura un ilícito generador de responsabilidad civil, conforme al mencionado artículo 2 de la ley 11.723 y puede tipificar además el delito de defraudación previsto en los artículos 71, 72 y 72 bis de dicha ley, cuestión que abordaremos en el próximo capítulo.

Las nuevas técnicas y tecnologías que han surgido en los últimos años, conocidas como Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC's), por un lado, han facilitado enormemente la divulgación y reproducción de las distintas obras intelectuales, ya que hasta

entonces a los soportes tradicionales (o analógicos) como el papel para el libro o el fonograma y el videograma para la música y el cine, se le suman los nuevos soportes en archivos digitales comprimidos y muchas veces esos soportes volcados a la Red Internet. Por otro parte, este avance tecnológico si bien es muy beneficioso por la facilidad y alta calidad que se obtiene en el copiado, ha provocado que la reproducción y transmisión de la obras se haga muchas veces sin respetar los legítimos derechos de los autores y titulares de derechos. En este contexto, uno de los sectores más afectados, es claramente la industria del *software*, así como también la discográfica y de las obras audiovisuales entre otras (Fernández Delpech, 2011, 2014).

Por último, vale agregar que este derecho de reproducción del autor implica diferentes formas, entre otras, la facultad exclusiva de:

- Autorizar la reproducción mecánica mediante copadoras de fonogramas, videogramas, cd, dvd, o de cualquier otro soporte.
- Autorizar la reproducción digital o en Internet.
- Autorizar la reproducción por cualquier otro medio existente o a existir.

3.3.6 Plazo de duración de la protección.

En la actualidad, todos los sistemas jurídicos establecen plazos de duración de los derechos patrimoniales sobre las obras.

El fundamento de estos derechos ilimitados para el autor y de duración limitada para los herederos o derechohabientes, lo encontramos en su misma finalidad, ya que el estímulo a la creación del autor determina que para éste el plazo de duración de los derechos sea ilimitado y en contraposición la posibilidad al libre acceso de todos los integrantes de la comunidad a las obras intelectuales determina una duración limitada para los herederos y derechohabientes.

El Convenio de Berna, recién en la revisión de Bruselas del año 1948, adoptó un plazo mínimo obligatorio de 50 años para todos los miembros. En nuestro país, el artículo 17 de la Constitución Nacional establece que: “Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley...”. Por su parte, la ley 11.723 en sus artículos 5, 8 y 34 regula los diferentes plazos de protección según sea el destinatario de tal protección, plazos éstos que trataremos de sintetizar, concordándolos con los plazos establecidos

en los Convenios Internacionales firmados y ratificados por la Argentina (Fernández Delpech, 2011).

- Para los autores la propiedad intelectual dura de por vida. (Art. 5)
- Para los herederos o derechohabientes, el artículo 5 establece que el plazo es de hasta setenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor. En este punto debemos recordar que heredero no es sinónimo del término derechohabiente, por lo cual debemos distinguir que existen dos situaciones diferentes. Para los herederos el plazo es de 70 años contados a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor, pero este plazo no se puede aplicar a los derechohabientes, debiendo interpretarse, ante este vacío legal, que el plazo se cuenta a partir del 1 de enero del año siguiente al de la enajenación o cesión total o parcial.
- Para las obras en colaboración, el plazo de setenta (70) años comenzará a regir a partir del 1° de enero del año siguiente al de la muerte del último colaborador (Artículo 5)
- En el caso del autor fallecido sin herederos, y declarándose vacante su herencia, los derechos pasan al Estado por todo el término de la ley (Artículo 5).

Esta norma es congruente con el régimen general de sucesiones vacantes establecido por el CCyCN.

3.3.6.1 Dominio Público Pagante

Vencidos estos plazos de duración de la protección de las obras, éstas pasan del dominio privado al dominio público, siendo totalmente libre la publicación, reproducción, difusión, comunicación pública o cualquier otra forma de transmisión de las obras, que a partir de este momento, no generan derechos autorales.

Muchos países han establecido a partir de entonces el sistema del dominio público oneroso, por el cual, pese a que la obra pertenece al dominio público, la utilización de ésta genera un derecho o gravamen a favor del Estado, que generalmente se destina a instituciones que fomentan las actividades creativas.

En la Argentina, el decreto ley 1224/58 de creación del Fondo Nacional de las Artes, y el decreto 6255/58 de reglamentación de aquél, han instituido el dominio público pagante, por el cual existe un gravamen que está destinado a contribuir con la formación de un fondo de fomento de

las artes. La resolución 15.850/1977 del Fondo Nacional de las Artes establece en qué casos se debe tributar el gravamen (Fernández Delpech, 2011).

3.3.7 Copia de salvaguarda.

Vimos anteriormente, que la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual consagra en sus artículos 1 y 2 el principio de la protección de las obras intelectuales, contra la reproducción no autorizada, estableciendo expresamente como facultad exclusiva del autor de una obra la de “reproducirla en cualquier forma”, y consecuentemente de autorizar su reproducción. Las excepciones o limitaciones que establece la ley a esta facultad de reproducción son muy limitadas, tal el caso del derecho de cita, de la reproducción de los discursos parlamentarios o las noticias de interés general o las excepciones destinadas a los ciegos y personas con otras discapacidades perceptivas. Por otra parte, en la Argentina no existe como en otros países el derecho de copia privada¹⁵ (Fernández Delpech, 2014).

De allí que la reproducción de una obra de *software* aun para fines privados y sin fines comerciales, no está incluida en las excepciones.

La modificación de la ley 11.723 por parte de la ley 25.036 además de incorporar a las obras de *software* en el listado del artículo 1 de la ley, introdujo también en el artículo 9, como segundo párrafo, esta limitación al derecho de reproducción, o restricción no remunerativa, posibilitando la reproducción por parte del licenciataria de un programa de *software* de una única copia del programa, a los efectos de su salvaguarda.

La realización de esta copia de salvaguarda, a la que se llama habitualmente *back up*, era una práctica habitual, producto de la necesidad de salvaguardar el programa que se había obtenido por medio de un contrato de licencia frente a una posible pérdida o deterioro del original, generalmente muy frágil en el medio informático. De allí, la incorporación de esta excepción al

¹⁵ Se denomina copia privada a la copia que se realiza para exclusivo uso personal del copista, en ejemplar único de una obra adquirida lícitamente. Actualmente en muchas legislaciones internacionales se admite este tipo de reproducción para uso personal del copista y sin finalidad lucrativa que no requiere autorización del titular del derecho sobre la obra y consecuentemente no configura ilícito.

Tal es el caso de EEUU donde la doctrina del *fair use* permite la reproducción para uso privado en una serie de situaciones, o de España en donde desde hace algunos años existe como excepción el derecho de copia privada sujeta a remuneración.

régimen legal que se refiere únicamente al caso de los programas de computación (Fernández Delpech, 2011).

Muchas veces, en la práctica se considera insuficiente la realización de una única copia, ya que las reglas de seguridad informática aconsejan poseer más de una copia *back up*, a los fines de minimizar la posibilidad de pérdida del programa de *software*, dado que estos son de enorme valor, no tanto por el costo original del programa sino por los datos incorporados a ellos en forma inseparable. Ello ocurre por ejemplo en la actividad bancaria en donde incluso la Comunicación A 2659 del Banco Central, ha establecido la obligación de las instituciones del sistema bancario de contar con dos copias de salvaguarda, almacenada una de ellas en un edificio ubicado a una distancia razonable del centro de procesamiento (Fernández Delpech, 2011, 2014).

El nuevo artículo 9 de la ley de Propiedad intelectual establece una serie de condiciones que se deben cumplir para que esta excepción sea válida:

- Debe ser una única copia del ejemplar original de un programa de computación;
- Está destinada a quien obtuvo una licencia de uso del programa, de su autor;
- Debe contar con una identificación precisa de quien es el licenciado y la fecha en que se realizó;
- Su único destino es servir de ejemplar de salvaguarda.

Por ello, y para ir finalizando el tema, básicamente la norma estatuye que quien reciba de los autores un programa de computación y la pertinente licencia para usarlo, podrá reproducir una sola copia de salvaguarda, que deberá ser identificada con las formalidades previstas, y no podrá ser utilizada para otro fin que el de reemplazar el original del programa de computación licenciado en caso que tal original se pierda o devenga inutilizable. Esta copia de salvaguarda deberá estar identificada, con indicación del licenciado que la realizó junto con la fecha de la misma.

Ahora, si quien obtiene la licencia realiza múltiples copias con diferentes finalidades (por ejemplo transferirlas a terceros) incumple el contrato de licencia y viola los derechos de autor del ente que ha otorgado la licencia (Farinella, 2006).

II. Conclusiones

Habiendo concluido con el segundo capítulo de este trabajo, siendo a nuestro entender uno de los más importantes, debido a que nos hemos introducido de lleno en el ámbito protectorio del

software interrelacionando tanto la legislación nacional como la internacional que ha suscripto nuestro país.

Hicimos una introducción al tema estudiando algunos conceptos básicos de la Propiedad Intelectual, vimos que los programas de computación, que son el objeto de nuestro trabajo, son considerados como bienes inmateriales que integran el patrimonio de una persona, ya sea física o jurídica. A su vez, hicimos referencia a la especial categoría de los derechos intelectuales diferenciándolos de los derechos personales y reales.

Posteriormente, llevamos a cabo un estudio comparativo de los distintos sistemas de protección legal del *software* que son utilizados en el mundo, analizando sus puntos más importantes, sus ventajas y desventajas, comparando básicamente que protege cada uno, si su alcance es nacional o internacional, los plazos legales de protección que ofrecen y las distintas condiciones y reglamentaciones que exigen para su inscripción en los registros. Con todo ello, pusimos de relieve la discusión que existe a nivel internacional respecto de estos sistemas y que todavía no tiene una respuesta absoluta y definitiva.

Una vez hecho ese análisis, nos introducimos de lleno en el estudio del régimen de los Derechos de Autor, que es el sistema elegido por nuestro país y por la mayoría de las legislaciones del mundo para la protección del *software*. Hicimos un recorrido por nuestra legislación, mostrando la evolución que tuvo la Ley de Propiedad Intelectual N° 11.723, primero con el decreto 165/94 con el cual se introdujo a los programas de computación fuente y objeto, y a las compilaciones de datos o de otros materiales en la enumeración de las obras literarias, artísticas y científicas que son el objeto de protección de dicha ley; paralelamente vimos los convenios internacionales que la Argentina suscribió al respecto y que tuvo como consecuencia el dictado de la denominada ley del *software* N° 25.036 en el año 1998, que nuevamente introdujo modificaciones importantes a la ley de Propiedad Intelectual para adaptar nuestra legislación a los requerimientos de dichos Tratados Internacionales, principalmente respecto de los titulares de los derechos, considerando en forma especial la situación del trabajador dependiente creador del *software*, y la posibilidad de hacer una copia de salvaguarda de un programa legítimamente adquirido, entre otras cosas.

Esto nos deja en posición de poder continuar con el análisis de las distintas aristas respecto de la protección del *software* en la República Argentina, prosiguiendo con el ámbito penal.

CAPÍTULO III: Protección penal del *Software*

I. Introducción

Es una realidad que se cometen actualmente una cantidad innumerable de delitos contra los derechos intelectuales, a través de las nuevas tecnologías de la comunicación e información, éstas son herramientas que han favorecido la creatividad de los delincuentes y facilitado su accionar, y más aún con la ayuda de la red Internet. Es por ello, que todas las legislaciones del mundo, incluida la de nuestro país, protegen los derechos de propiedad intelectual, con mayor o menor alcance, tipificando esas conductas como delitos y disponiendo sanciones penales.

Es objeto de este capítulo, conocer que entendemos por delitos informáticos, cuáles son sus características, las figuras típicas relacionadas con los programas de computación y proyectos legislativos sometidos a estudio. Nos proponemos estudiar en detalle el sistema penal argentino en la materia, que tiene la particularidad de tener figuras típicas tanto en la Ley de Propiedad Intelectual como en el Código Penal Argentino, luego de las reformas introducidas al mismo por la Ley de Delitos Informáticos N° 26.388 sancionada en el año 2008.

Es importante destacar antes de comenzar, que estas conductas ilícitas pueden ser de carácter civil, y por lo tanto generadores solo de este tipo de responsabilidad; o de carácter penal, y generadores tanto de responsabilidad resarcitoria como punitiva.

1. Delitos Informáticos

1.1 Concepto. Características.

Miguel Ángel Davara Rodríguez define al delito informático como, “la realización de una acción, que reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea *hardware* o *software*”. (Fernández Delpech, 2014, p.194)

Por su parte, Julio Téllez Valdés, nos dice que:

El delito informático se lo puede dividir de dos formas: en forma típica y atípica, entendiendo por la primera a “las conductas típicas, antijurídicas y culpables en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin”, y por las segundas: “actitudes ilícitas en que se tienen a las computadoras como instrumento o fin” (Fernández Delpech, 2014, p. 195).

En general, la red Internet juega un papel fundamental en estos ilícitos, ya que muchas veces a través de este medio se realizan estas conductas. Esto no significa que todos los llamados delitos informáticos sean cometidos a través de internet, ya que existen conductas disvaliosas consideradas y tipificadas como delitos, que no se cometen a través de internet, sino que son cometidos por otros medios informáticos o telemáticos o que vulneran derechos de las personas sobre elementos relacionados directamente con la informática, como es el caso de delitos contra el *software* o el *hardware*.

Es importante resaltar por un lado, que las conductas que configuran este tipo de delitos, y que comúnmente se engloban en la denominada piratería informática, poseen una serie de características que facilitan su comisión:

- a) La facilidad que existe hoy en día con los medios tecnológicos modernos para reproducir obras de *software*, casi sin costo, y obteniendo ejemplares copiados de similar calidad y en un tiempo mínimo;
- b) El desconocimiento general que existe sobre la ilicitud de estas conductas;
- c) La intención empresarial de reducir costos y el desconocimiento en las empresas de la expresa prohibición de reproducir más ejemplares que el ejemplar de salvaguarda, de los programas lícitamente adquiridos.

Estas circunstancias hacen que las violaciones a los derechos de autor sancionadas penalmente con relación al *software*, sean comunes en nuestro medio y se cometan a diario con o sin fin de lucro (Fernández Delpech, 2000).

Por otro lado, con relación a estos ilícitos penales, vemos que no solo son de fácil comisión por las circunstancias que enumeramos en los párrafos anteriores, sino que además son de difícil represión por una serie de cuestiones que los rodean:

- a) La falta de una tipificación específica en la mayoría de las legislaciones de los delitos informáticos y cometidos a través de la red;
- b) La transnacionalidad de las conductas, que muchas veces se realizan en un país, pero cuyos efectos se producen en otro;
- c) La falta de consenso internacional sobre la reprochabilidad de ciertas conductas;
- d) La virtualidad de estas conductas;
- e) Las permanentes innovaciones tecnológicas, que generalmente avanzan más rápido que las soluciones normativas;

- f) La rapidez en que pueden ser cometidos y la no necesaria presencia física del delincuente, que puede encontrarse lejos del lugar de comisión (Fernández Delpech, 2014).

Habiendo visto entonces que los delitos informáticos son de fácil comisión por un lado, y de difícil represión por el otro, nos restaría investigar cuáles son sus características particulares para que ello pueda ser posible. Téllez Valdés, citado por Fernández Delpech precisa que los delitos informáticos reúnen las siguientes características:

- a) Son conductas criminales de cuello blanco, porque solo un determinado número de personas con ciertos conocimientos científicos técnicos pueden llegar a cometerlas.
- b) Son acciones ocupacionales, porque muchas veces se realizan cuando el sujeto se halla trabajando.
- c) Son acciones de oportunidad, porque se aprovecha una ocasión creada o altamente intensificada en el mundo de funciones y organizaciones del sistema tecnológico y económico.
- d) Provocan serias pérdidas económicas.
- e) Ofrecen posibilidades de tiempo y espacio, ya que en milésimas de segundo y sin una necesaria presencia física pueden llegar a consumarse.
- f) Son muchos los casos y pocas las denuncias, y todo ello debido a la misma falta de regulación por parte del Derecho.
- g) Son muy sofisticados.
- h) Presentan grandes dificultades para su comprobación, esto por su mismo carácter técnico.
- i) En su mayoría son imprudencias y no necesariamente se cometen con intención.
- j) Ofrecen facilidades para su comisión por parte de los menores de edad.
- k) En algunos casos siguen siendo ilícitos impunes ante la ley (2014, p. 195).

2. Análisis de los delitos relacionados con los derechos de autor contemplados en la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

Como bien dijimos anteriormente, todas las legislaciones del mundo tratan de proteger los derechos de autor ante a los ataques que sufren con las nuevas tecnologías. Este ánimo protectorio comienza con los convenios internacionales, en los cuales se ha ido estableciendo la obligación de los Estados de otorgar una protección penal mínima en ciertos casos de violaciones de los derechos de propiedad intelectual.

En un primer momento, el acuerdo ADPIC, que fue suscripto en el año 1994 y ratificado por nuestro país al año siguiente, establece en su artículo 61:

“Los Miembros establecerán procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Los recursos disponibles comprenderán la pena de prisión y/o la imposición de sanciones pecuniarias suficientemente disuasorias que sean coherentes con el nivel de las sanciones aplicadas por delitos de gravedad correspondiente. Cuando proceda, entre los recursos disponibles figurará también la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados predominantemente para la comisión del delito. Los Miembros podrán prever la aplicación de procedimientos y sanciones penales en otros casos de infracción de derechos de propiedad intelectual, en particular cuando se cometa con dolo y a escala comercial.”

Tal como nos enseña en forma sintética y sistemática el Dr. Fernández Delpech (2000), hasta la sanción de la ley 25.036 en 1998, que reformó la ley 11.723 de Propiedad Intelectual e incluyó en su protección a las obras de *software*, se discutía tanto doctrinaria como jurisprudencialmente la existencia en nuestro régimen legal de los delitos informáticos, ya que los mismos no se encontraban expresamente tipificados en el Código Penal.

En un principio se había sostenido que pese a que no existía una norma concreta referida al *software*, los tipos penales establecidos por la Ley de Propiedad Intelectual eran aplicables a los programas de computación.

Tal posición, más doctrinaria que jurisprudencial, se revirtió a partir de 1995, momento a partir del cual, y en virtud de varios fallos judiciales, se afirmó la posición de que los delitos informáticos no existían en nuestro régimen legal.

En el fallo “Autodesk” la Cámara Nacional de Casación Penal declaró el sobreseimiento por no existir delito en un caso de reproducción de un programa de computación sin autorización del titular del derecho.

También en el fallo “Pellicori” la Cámara Nacional de Casación consideró que la reproducción no autorizada de *software* no configura el delito previsto en el artículo 72 inciso a) de la ley 11.723. Dicho fallo llegó luego a la Corte Suprema, pero ésta no se expidió sobre el fondo de la cuestión por tanto rechazó el recurso extraordinario.

Por todo esto, es que recién en el año 1998 al incorporar la ley 25.036 los programas de computación fuente y objeto y las compilaciones de datos o de otros materiales a la lista de obras científicas, literarias o artísticas protegidas por la ley 11.723, éstos han pasado a tener la misma protección legal que las demás obras científicas, literarias o artísticas, habiéndose tipificado a partir de entonces una serie de conductas penales referentes a delitos informáticos.

La República Argentina, en los artículos 71 a 78 de la ley 11.723, y bajo el título: “De las penas” regula y tipifica como delitos una serie de conductas vinculadas con la violación de los derechos de autor.

Para finalizar este repaso por los antecedentes legislativos y ocuparnos del estudio en particular de cada una de las figuras típicas relacionadas con el objeto de este trabajo, nos parece importante mencionar cuales son los tres requisitos básicos y fundamentales que deben ser cumplidos para que se dé la protección penal en el marco de la Ley de Propiedad Intelectual:

- 1) Que la obra, objeto de la acción delictual, sea una obra protegida y que su plazo de protección se encuentre vigente;
- 2) Que la conducta antijurídica de que se trate se encuentre expresamente tipificada como delito por la ley. Esta es una de las bases del régimen penal y se lo denomina principio de legalidad, que exige que el delito y la pena estén previstos en una ley estricta, escrita, cierta, abstracta y anterior al hecho que se juzga.
- 3) Que la conducta de quien ha cometido el hecho antijurídico tipificado como delito haya sido dolosa. Casi todos los autores y la jurisprudencia han considerado que estos casos de delitos contra la propiedad intelectual contemplados en la ley 11.723 requieren en todos los casos un accionar doloso, desechándose la posibilidad de formas culposas.

Pero así como se ha exigido la concurrencia del dolo, se ha admitido que basta la existencia de dolo eventual (Fernández Delpech, 2011).

2.1 Defraudación (figura genérica)

El artículo 71 de la ley 11.723 establece: “Será reprimido con la pena establecida por el artículo 172 del Código Penal, el que de cualquier manera y en cualquier forma defraudare los derechos de propiedad intelectual que reconoce esta ley.”

Por su parte, el artículo 172 del Código Penal establece: “Será reprimido con prisión de un mes a seis años, el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.”

De esta manera, por el texto genérico del artículo 71 de la LPI y de los artículos que le suceden, creemos que se trata de un tipo penal abierto y que no puede ser aplicado directamente sino que debe ser interpretado y aplicado juntamente con los restantes tipos penales específicos regulados en los siguientes artículos de la ley, tomando solamente de éste la pena que es la del artículo 172 del Código Penal. En tal sentido se ha interpretado que estas figuras de defraudación de los derechos de propiedad intelectual son totalmente autónomas de la figura de la defraudación del artículo 172 del Código Penal y que solo deben tomar de esa norma la pena establecida (Fernández Delpech, 2011).

Es para destacar, que raramente los jueces han aplicado penas mayores a los tres años de prisión, por lo que atento ello y lo normado por el artículo 26 del Código Penal, la pena de prisión raramente se ha efectivizado, ya que casi siempre las condenas han sido de cumplimiento condicional.

2.2 Delitos relacionados con la edición, con la venta o con el copiado o reproducción.

La ley 11.723 de Propiedad Intelectual de la Argentina establece en su artículo 2 el principio de la protección de las obras intelectuales, contra la reproducción no autorizada, disponiendo expresamente la facultad exclusiva del titular del derecho sobre la obra de autorizar su reproducción, en cualquier forma.

Este principio se ve reafirmado en el artículo 72, el cual establece: “Sin perjuicio de la disposición general del artículo precedente se considerarán casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: a) El que edite, venda o reproduzca por cualquier medio o instrumento, una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes.”

De esta forma la ley Argentina, pese a su antigüedad, considera ilícita, e incluso tipifica como delito cuando existe una conducta dolosa, la reproducción de las obras sin la expresa autorización de su autor o en su caso del titular del derecho. Esta conducta antijurídica se configura

no solo por la reproducción ilícita de la obra escrita, musical o audiovisual en formatos analógicos o digitales, sino también por la reproducción ilícita de la obra divulgada a través de Internet (Fernández Delpech, 2014).

El proceso de introducción de una obra a un sitio de Internet, al que se lo denomina *upload* de la obra, constituye un acto de comunicación pública y de reproducción que consecuentemente requiere la expresa autorización de su autor. De no ser así, tal incorporación, así como la descarga de este material o *download* de la obra, es un acto ilícito generador de responsabilidad civil y penal, y consecuentemente configurativo de este delito de reproducción ilícita. Recordemos que este tipo penal requiere el accionar doloso, pero es admisible el dolo eventual (Fernández Delpech, 2011; 2014).

2.2.1 Reproducción ilícita del *Software*.

Con relación a las obras de *software*, el decreto 165/1994 las incluyó en la enumeración de las obras amparadas por la ley 11.723 de Propiedad Intelectual, pero gran parte de la doctrina y la jurisprudencia que se fue elaborando a raíz de este decreto, que si bien le dio validez a esta normativa en cuanto al procedimiento de registración de obras de *software* en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, le quitó valor a esta nueva protección del *software*, en cuanto a su tipificación penal, con fundamento en que el Poder Ejecutivo carecía de facultades para, por vía reglamentaria, crear nuevos tipos penales (Fallo Autodesk Inc. del 10/7/1995 – Cámara Casación Penal), jurisprudencia que fue reiterada en el fallo “Pellicori” en donde la Cámara de Casación Penal dictó un fallo en donde se consideró que la reproducción no autorizada de *software* no configuraba el delito previsto en el artículo 72 inc. a) de la ley 11.723.

Recién con la sanción de la ley del *Software* N° 25.036 esta dificultad quedó subsanada, ya que esta ley incorporó a la lista de obras protegidas a los “programas de computación fuente y objeto; las compilaciones de datos o de otros materiales”, habiendo quedado desde entonces configurado también como conducta ilícita al copiado de *software* sin autorización, estableciendo que al igual que en el copiado de cualquier obra intelectual protegida por la ley, tal conducta ilícita, aun para uso individual y sin fines de lucro, no sólo es generadora de responsabilidad civil sino que configura el delito de copiado ilícito contemplado por el artículo 72 de la ley (Fernández Delpech, 2014).

Este delito de copiado ilícito, es el más común de los delitos informáticos y el que más dificultades trae en cuanto a su conceptualización. El delito se refiere fundamentalmente a la figura del copiado, que la ley denomina ‘reproducción’. Se podría decir que ‘reproducción’ es el acto de realización de una o más copias de una obra, utilizando a tal fin cualquier tipo de procedimiento o soporte (Fernández Delpech, 2000).

A nivel internacional, se discute en qué casos el copiado o reproducción de una obra de *software* configura delito, distinguiendo muchos países el copiado para uso individual, que sólo configura para ellos una infracción pero no un delito, del copiado a múltiple escala con fines comerciales, donde sí se tipificaría el delito.

Nuestra legislación ha adoptado, a partir de la reforma de la Ley de Propiedad Intelectual de 1998, el sistema de considerar al copiado tanto a nivel individual como a nivel colectivo, con o sin finalidad comercial, como configurativo de este delito, ya que el tipo penal del artículo 72 incs. a) y b) no condiciona la configuración del delito de reproducción no autorizada a condición alguna, como podría haber sido la finalidad comercial, o la multiplicidad de la conducta (Fernández Delpech, 2014).

Resaltamos que el ilícito más común se refiere al copiado directo por usuarios individuales, o a nivel comercial o en empresas, situaciones ambas en que la Red Internet es ajena al hecho. Por otro parte, es importante destacar que, a nuestro entender, quien únicamente usa el *software* ilegal no estaría cometiendo el delito, ya que el mismo se refiere a la reproducción (copiado) pero no a quien únicamente lo usa sin copiarlo (Fernández Delpech, 2000; 2014).

Vale aclarar también, que este delito del artículo 72 inciso a) como ya dijimos, se comete por la realización de copias de un programa original sin autorización del titular de los derechos, con la finalidad de su comercialización, pero sin simular, como en la falsificación, que se trata de un original. Aquí el comprador sabe que está comprando una copia, por lo tanto quien se ve defraudado es el autor, sufriendo un perjuicio económico (Fernández Delpech, 2000).

El delito se configura tanto por efectuar la edición o reproducción, como por venderla. Vemos que el tipo penal no menciona la compra de *software* ilegal, por lo que esta conducta no es delito, sin embargo, creemos que el que compra *software* ilegal, a sabiendas de que se trata de una copia sin licencia, sería participe del delito y consecuentemente podría ser sancionado penalmente. Una modalidad muy común y referida a este tipo penal es la venta de equipos de *hardware* (computadora) con *software* ilegal preinstalado en su disco rígido (Fernández Delpech, 2000).

El 25 de abril del año 2000 se dictó en la República Argentina, el primer fallo por copiado ilícito y venta de *software*, luego de la reforma de la ley 25.036.

Las actuaciones se iniciaron por denuncia efectuada por el letrado apoderado de las firmas Adobe Systems Inc., Microsoft Corporation, Symantec Corporation y The Santa Cruz Operation Inc. Se denunció que en un local comercial sito en una Galería de la Avda. Cabildo de la Ciudad de Buenos Aires se reproducían y comercializaban copias de programas de computación sin la debida autorización de las empresas licenciatarias.

En un primer término se procedió al allanamiento del local comercial, secuestrándose en la oportunidad una CPU en la que se hallaba instalada una copiadora, de dos cajas de CD vírgenes, 44 cajas plásticas para CD y 236 CD copiados, imputándose el delito de copiado ilícito y comercialización a una persona encargada del referido comercio, a quien se procesó.

Tramitada la causa, el procesado reconoció la comisión de los hechos imputados, y con fecha 25/4/2000, se dictó sentencia condenando al imputado a la pena de tres meses de prisión, cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, y al pago de una multa de \$500.

Los fundamentos normativos de la sentencia fueron los artículos 1º, 72 inciso a) y 72 bis inciso d) de la ley 11.723, en función del artículo 172 del Código Penal, y el artículo 31 inciso d) de la ley 22.362 de Marcas, todos en concurso ideal.

Destacamos que la condena se fundamentó tanto en la LPI como en la Ley de Marcas y Designaciones, ya que se entendió que la realización y comercialización de copias ilícitas de *software*, cuando además son puestas en venta con marca registrada falsificada, constituía una conducta que caía bajo dos tipos penales diferentes, como es el tipo penal de la LPI y el delito de la Ley de Marcas¹⁶ (Fernández Delpech, 2014).

2.2.2 Copia ilícita realizada por usuarios corporativos

El artículo 72 inciso d) de la LPI reza: “Se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: d) El que edite o reproduzca mayor número de los ejemplares debidamente autorizados”.

¹⁶ Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 “C., C.F. s/inf. Ley 11.723 y 22.362” (Sentencia de fecha 25 de abril de 2000)

El delito se configura por la realización de múltiples copias, para uso interno múltiple en empresas, de un original de *software* adquirido lícitamente, y en la medida en que en la licencia no se autorice tal reproducción múltiple o se autorice una cantidad de copias menores a las realizadas. Generalmente, se da en empresas que poseen un ejemplar original y lo reproducen en múltiples copias para uso interno evitando así la contratación de licencias múltiples. Aquí, como en los casos de copiado ilícito, se defrauda al autor, quien se ve perjudicado económicamente (Fernández Delpech, 2000).

Hay que tener especialmente en cuenta en este caso, lo que dispone el artículo 9 de la ley 11.723 con relación a la posibilidad de realizar una única copia de salvaguardia, cuya utilización será reemplazar al programa original en caso de pérdida o deterioro de éste. Tema que ya abordamos anteriormente.

En un fallo reciente de la Ciudad de Mendoza, correspondiente al mes de marzo de 2015, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza en los autos caratulados “Microsoft Corporation c/Samaco S.A. p/daños y perjuicios” hizo responsable a la empresa accionada por el uso no autorizado de programas de computación, habiendo quedado acreditado que la parte demandada tenía instalados en once de sus computadoras y utilizaba una serie de productos de Microsoft sin las correspondientes licencias, por lo que respecto de las mismas su posesión resultó claramente violatoria del artículo 9 de la ley 11.723, condenándola al pago de la suma de U\$S 12.000 con más los intereses, en concepto de reparación por los daños a los derechos irrogados, además de disponer el cese en el uso y en la posesión de los programas de computación que se estaban utilizando en forma irregular, bajo apercibimiento de proceder a la eliminación de los mismos de los discos rígidos de las computadoras afectadas y al secuestro de todas las copias no autorizadas, conforme el dictamen, en cualquier otro soporte.

Esta forma de piratería, copiado ilícito por usuarios corporativos, que tiene gran magnitud, no solo se realiza en nuestro país por parte de empresas privadas, sino también es frecuente encontrarla en el ámbito de los organismos de la Administración Pública Nacional, Provincial y Municipal.

Un supuesto relacionado con este tipo penal del copiado ilícito que presenta serias dudas es la utilización en empresas de un programa instalado en red.

Fernández Delpech (2000) considera que generalmente la licencia establece las condiciones de uso a este respecto, y en tal caso el ilícito se cometería cuando se violan los términos de la licencia, en la medida en que tales términos no fueran abusivos.

En caso de que la licencia nada establezca, debemos distinguir de qué tipo de red se trata:

- Si se trata de una red en la que cada terminal debe tener incorporado el programa al *server* de esa terminal, evidentemente cada una de esas copias, cuando no están autorizadas, configuran el ilícito.
- Distinto sería el caso de que el programa sea necesario instalarlo únicamente en el *server* central y no en todas las terminales. De esta manera, desde las distintas terminales se ingresa al *server* principal para usar el *software*. Entendemos que aquí no hay ilícito, ya que, como se dijera, lo que la ley sanciona es el copiado y no el uso.

2.3 Delito de Falsificación

El artículo 72 inciso b) de la LPI establece: “El que falsifique obras intelectuales, entendiéndose como tal la edición de una obra ya editada, ostentando falsamente el nombre del editor autorizado al efecto.”

Como bien nos explica el Dr. Horacio Fernández Delpech (2000) el delito lo comete quien efectúa la reproducción idéntica, sin autorización, de un ejemplar legítimo de *software*; reproducción que se realiza usando la marca original, a cuyo fin se imitan los envases, manuales y todas las características del ejemplar original.

La finalidad del falsificador evidentemente es vender el producto como original, engañando al comprador (quien cree comprar un original) y fundadamente defraudando al autor, que se ve perjudicado económicamente.

Conforme la norma legal analizada, la falsificación se configura cuando una obra ya editada se edita nuevamente de manera ilegítima. Atento a que el contrato de edición en la ley 11.723, importa la reproducción, difusión y venta de la obra, el delito se configura tanto por reproducir, como por difundir o vender la obra falsificada.

2.4 Plagio del *Software*.

El artículo 72 inciso c) de la ley 11.723 establece: “Se consideran casos especiales de defraudación y sufrirán la pena que él establece, además del secuestro de la edición ilícita: c) El que edite, venda o reproduzca una obra suprimiendo o cambiando el nombre del autor, el título de la misma o alterando dolosamente su texto.”

La figura penal contemplada por esta norma es la conocida como plagio. Como bien dice Miguel Ángel Emery, en su libro sobre Propiedad Intelectual, citado por Fernández Delpech, “el plagio es una atentado contra el derecho del autor que consiste básicamente en publicar como propia una obra ajena”; “el plagio no existe cuando en una obra sólo se apropian las ideas, pensamientos o sujetos generales de otra creación, desde que puede existir similitud y hasta identidad de estos elementos sin haber plagio, pues la idea no tiene autor, a nadie pertenece en exclusividad ni persona alguna puede ejercer monopolio sobre ella” (2014, p. 217).

Es importante recordar acá que el artículo 1 *in fine* de la ley N° 11.723 en su actual texto establece: “la protección del derecho de autor abarcará la expresión de ideas, procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos pero no esas ideas, procedimientos, métodos y conceptos en sí”.

Este principio está reafirmado por la Jurisprudencia que ha distinguido claramente entre ideas y obras, estableciendo que la ley protege sólo a las segundas, y que por lo tanto las ideas que no están plasmadas en una obra intelectual no tienen la protección de la ley.

De allí entonces que el delito de plagio no existe cuando se trata de la apropiación de ideas contenidas en otra creación, pero si cuando la apropiación es de los contenidos de la obra.

Para configurarse esta figura penal del plagio es necesaria la existencia dolosa del hecho por parte del autor del delito, ya que la norma, como no podría ser de otra manera, así lo establece. Pero si el plagio está desprovisto de esa intención dolosa, no configura plagio penalmente punible, sino solamente el plagio civil generador de responsabilidad patrimonial, responsabilidad ésta que incluye tanto el resarcimiento del daño causado (patrimonial) como el resarcimiento del daño moral.

2.4.1 Plagio Servil

Este tipo de plagio consiste en presentar como de su propia autoría una obra ajena, a la que se le ha copiado y cambiado solamente el título y nombre del autor, sin alterar su contenido o alterándolo levemente. En estos casos existe similitud total o casi total entre los códigos fuente y objeto de la obra original y la nueva obra.

En los Estados Unidos existe un importante precedente jurisprudencial en el caso “Apple vs. Franklin Computer” en donde se condenó a la segunda por haber plagiado el sistema operativo que Apple había creado para sus computadoras, y utilizarlo también como sistema operativo para las computadoras de Franklin

2.4.2 Plagio Traslación

Consiste en reescribir un programa fuente en otro lenguaje. Reiteramos que en ambos supuestos de plagio se hace necesaria la existencia de la intención dolosa.

2.4.3 Plagio cometido a través de Internet

Es interesante analizar acá también la figura del plagio cuando una obra de *software* se da a través de un medio informático como es la red Internet.

En internet existen varios sujetos, uno de ellos es el proveedor de contenidos (*contents provider*) que es quien se dice autor, editor o titular del derecho y coloca su obra intelectual en la red, otro es el usuario, que es quien usa la red y lee la información y por último está el titular del sitio donde fue incorporada la obra.

Muchas veces el proveedor de contenido ingresa en la red obras intelectuales que no son de su autoría y que han sido plagiadas total o parcialmente de un tercero.

Evidentemente esta situación configura para este proveedor de contenido, autor material del ilícito, el plagio generador de responsabilidad civil y si el acto se realiza dolosamente, se configura además el tipo penal del plagio.

Pero además de estas responsabilidades del proveedor de contenido, autor del hecho, podría tener responsabilidad el titular del sitio que posibilitó la incorporación de la obra a la red,

incumpliendo su obligación de controlar el contenido de la información, por lo que si la misma es claramente ilegal se comete el ilícito y de esa forma se convierte en partícipe del delito.

2.5 Almacenamiento de ejemplares falsificados o copias no autorizadas.

El artículo 72 bis inciso d) ley 11.723 establece: “El que almacene o exhiba copias ilícitas y no pueda acreditar su origen mediante la factura que lo vincule comercialmente con un productor legítimo.”

Hay que destacar, que este tipo penal no exige al damnificado probar la distribución o venta, sino que simplemente el delito se configura por el almacenamiento o exhibición de copias ilícitas, siendo el imputado quien debe demostrar el origen lícito de los ejemplares almacenados.

2.6 Importación de ejemplares falsificados o copias no autorizadas.

El artículo 72 bis inciso e) de la ley 11.723 establece: “El que importe las copias ilegales con miras a su distribución al público.”

La figura no contempla la exportación de copias ilegales.

3. Figuras penales incorporadas al Código Penal Argentino por la ley 26.388 de Delitos Informáticos.

En la República Argentina, hasta hace no muchos años carecíamos de una legislación que tipificase penalmente en forma específica y clara, las conductas vinculadas de una forma u otra con la informática, lo que produjo que muchas de esas conductas, evidentemente disvaliosas, quedaran impunes y consecuentemente fueran declaradas atípicas por la justicia.

Incluso nuestro país se convirtió en un lugar atractivo para delincuentes informáticos que, ya sea, directamente o a través de triangulaciones internacionales, cometían los delitos aparentemente desde Argentina pero esos delitos tenían efectos en otros países. En estos casos, ante denuncias internacionales la Argentina no podía perseguir el castigo a los autores y ni siquiera otorgar su extradición (Fernández Delpech, 2014).

Finalmente con la sanción de la Ley N° 26.388 de Delitos Informáticos en el año 2008 se modifica el Código Penal introduciendo una serie de figuras típicas nuevas. Entre ellas, las que nos interesan en torno al objeto de nuestro trabajo, dedicado a los programas de computación son las siguientes:

- Daño informático
- Delitos contra la privacidad: Acceso indebido o *hacking*

3.1 Daño Informático. Agravantes.

El Dr. Fernández Delpech (2014) a quien seguimos en adelante, hace un análisis completo de este delito, estudiando la evolución del mismo y las circunstancias que provocaron su modificación a través de la ley 26.388.

El Código Penal previo a la reforma, establecía en su artículo 183: “Será reprimido con prisión de quince días a un año, el que destruyere, inutilizare, hiciere desaparecer o de cualquier modo dañare una cosa mueble o inmueble o un animal, total o parcialmente ajeno, siempre que el hecho no constituya otro delito más severamente penado.”

Esta figura resultaba insuficiente cuando se trataba de daños producidos en sistemas informáticos, programas o sitios web, y así fue determinado por la justicia en varias oportunidades.

Un interesante fallo al respecto fue el caso “Gornstein, Marcelo Hernán y otros s/delito de acción pública” del año 2002 en el cual se juzgó la conducta de una persona que en el año 1998 violó y dañó la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Individualizado el autor principal del hecho, la causa se inició de inmediato pero el acusado eludió la detención trasladándose a los Estados Unidos. Pasados dos años regresó al país y fue detenido y procesado, proceso en el que finalmente se dictó sentencia, en la cual, si bien se consideraron acreditados los hechos y su autoría por parte de los imputados, se sobreseyó a los mismos por cuanto el hecho por el cual habían sido indagados ‘no encuadra en figura legal alguna’.

En el fallo se analizó si el hecho debía ser encuadrado en la figura penal prevista por el artículo 183 del Código Penal, con el agravante descrito por el artículo 184 inciso 5 del mismo cuerpo legal. Se dijo en el fallo: “...de la enunciación de ambos artículos, se desprende y así lo ha sostenido la doctrina, que la acción de dañar está compuesta por todo ataque a la materialidad, utilidad o disponibilidad de las cosas. La primera variante se da cuando se altera su naturaleza,

forma o calidades, mientras que la utilidad se ataca cuando se elimina su aptitud para el fin o los fines a que estaba destinada. Por último, entiéndase que se ataca a la disponibilidad de la cosa cuando el acto de la gente impide que su propietario pueda disponer de ella (Carlos Creus, 'Derecho Penal' parte especial, tomo I, pág. 609). De lo expuesto, puede afirmarse que en el caso bajo estudio se vislumbra la existencia de una de las variante de la acción típica prevista por la norma en cuestión, cual es el ataque a la materialidad en tanto conforme surge de las constancias de autos, la página web del máximo Tribunal de Justicia de la Nación, fue alterada, reemplazándose por una alusiva al aniversario de José Luis Cabezas. Sin embargo, claro es advertir que al profundizar el encuadre legal nos encontramos con un obstáculo, el cual radica en el objeto del delito, que llevará al suscripto a sostener la atipicidad del hecho investigado. Ello así, a nuestro entender no es dable considerar a la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como una "cosa", en los términos en que ésta debe ser entendida. A los efectos de lograr un claro significado jurídico de la palabra 'cosa' debemos remitirnos al Código Civil, entendiendo a ésta como un objeto material susceptible de tener un valor económico. Ahora bien, sentado lo expuesto, puede advertirse que una página web no puede asimilarse al significado de 'cosa', sino que como vimos respecto del *software* son bienes inmateriales susceptibles de valor económico. Ello así, en tanto y en cuanto por su naturaleza no es un objeto corpóreo, ni puede ser detectado materialmente. Cabe destacar que una interpretación extensiva del concepto de cosa, a punto tal que permita incluir a la página web dentro del mismo, implicaría un claro menoscabo al principio de legalidad del artículo 18 de la Constitución Nacional. Claro es advertir que nos encontramos con un claro vacío legal que ocupa en la actualidad a nuestros legisladores, conforme se desprende de sendos proyectos y anteproyectos de ley que se han presentado. Esto nos permite sostener que, también los legisladores advierten el grave vacío legal que hoy en día no permite reprimir los hecho como el que fuera motivo de la pesquisa en la presente causa, en tanto los datos y sistemas informáticos, al igual que las páginas web, resultan ser extrañas al significado jurídico de la palabra cosa contemplando en nuestro ordenamiento legal vigente. Por lo demás, habrá de destacarse que el hecho motivo de la pesquisa no tiene encuadre legal en figura penal alguna prevista en nuestro Código Penal de la Nación ni en las leyes complementarias. Por ello, y en punto a resolver la situación procesal de los encartados en autos, habré de adoptar un temperamento de carácter conclusivo a su respecto, en tanto, conforme fuera adelantado, a entender del suscripto el hecho investigado no constituye delito”

El fallo no fue apelado por el fiscal interviniente por lo que quedó firme.

Idéntico criterio se aplicó en el caso “M., Gabriel G. s/procesamiento” en el que la Cámara Nacional Criminal y Correccional Federal, en un fallo del 2/9/2003, revocó la resolución que había decretado el procesamiento de una persona imputada, a la que se la había considerado autora responsable del delito de daño (art. 183 del Código Penal), por haber inutilizado un sistema informático. Estableció la Cámara en el fallo que “el hecho reprobado... no encuadra en la figura por la que viene procesado, toda vez que aquel requiere que destruya o inutilice la cosa misma objeto de derechos de un tercero, privándolo de su valor o disminuyéndolo, y que el objeto material del delito debe ser un bien mueble o inmueble o un animal... De lo expuesto, se infiere que el ataque provocado a través de mensajes electrónicos infectados con virus puede haber afectado a la empresa en cuestión, interrumpiendo sus líneas de producción, lo que ha causado pérdida de tiempo, con el consecuente perjuicio económico, pero de ninguna manera se verifica un daño del tipo tutelado por el artículo 183 del Código Penal y la reparación de aquel deberá ser resuelta en sede civil, totalmente ajena al derecho penal”.

Como consecuencia de estos fallos la Corte Suprema, dispuso expresar su preocupación ante la gravedad de las circunstancias y acordó en la necesidad de poner en conocimiento de lo actuado a la Procuración General de la Nación, a fin de que propicie la legislación necesaria para sancionar penalmente conductas como la investigada, ya que la ausencia de encuadramiento legal expreso llevó a que la causa concluyera con un resultado perjudicial para la administración de justicia.

La nueva ley de delitos informáticos, dictada con posterioridad, incorporó un segundo párrafo al artículo 183 del Código Penal que tipifica la figura del daño, estableciendo lo siguiente: “En la misma pena incurrirá el que alterare, destruyere o inutilizare datos, documentos, programas o sistemas informáticos; o vendiere, distribuyere, hiciere circular o introdujere en un sistema informático, cualquier programa destinado a causar daños.”

Asimismo, la ley modificó también el inciso 5 del artículo 184 para dar cabida a la figura agravada del delito cuando el mismo se ejecutaba con relación a datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos, quedando ese inciso del artículo 184 redactado de la siguiente forma: “La pena será de tres meses a cuatro años de prisión, si mediare cualquiera de las circunstancias siguientes:

Inc. 5) Ejecutarlo en archivos, registros, bibliotecas, museos o en puentes, caminos, paseos u otros bienes de uso público; o en tumbas, signos conmemorativos, monumentos, estatuas, cuadros, u otros objetos de arte colocados en edificios o lugares públicos; o en datos, documentos, programas o sistemas informáticos públicos;

Inc. 6) Ejecutarlo en sistemas informáticos destinados a la prestación de servicios de salud, de comunicaciones, de provisión o transporte de energía, de medios de transporte u otro servicio público.

De esta forma la norma actual contempla no solo los daños provocados a una cosa mueble o inmueble o un animal, sino que también está referida a la alteración, destrucción o inutilización de datos, documentos, programas o sistemas informáticos, contemplándose también la venta, distribución, o introducción a un sistema informático de cualquier programa destinado a causar daños. La ley contempla también la figura agravada del delito.

3.2 Delitos contra la privacidad. Acceso indebido o *hacking*

El artículo 3 de la ley de Delitos Informáticos, sustituyó el epígrafe del capítulo III, del título V, del libro II del Código Penal, por el siguiente: Violación de Secretos y de la Privacidad, considerando así a la privacidad como un bien jurídico protegido.

En este capítulo, la ley incorporó en el artículo 153 bis del Código Penal, una nueva figura referida al acceso indebido a un sistema o dato informático de acceso restringido, también conocido como el delito de *hacking*.

Al respecto el artículo 153 bis establece: “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.”

4. Delitos informáticos incorporados a la Ley Penal Tributaria N° 24.769

La ley N° 24.769 con las modificaciones introducidas por la ley N° 26.735 del año 2011 establece en su artículo 12 bis: “Será reprimido con prisión de uno (1) a cuatro (4) años, el que modificare o adulterare los sistemas informáticos o equipos electrónicos, suministrados u homologados por el fisco nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, siempre y cuando dicha conducta fuere susceptible de provocar perjuicio y no resulte un delito más severamente penado”.

5. Proyectos de ley a estudio de nuestro parlamento.

5.1 Captación u obtención ilegítima de datos confidenciales.

El proyecto lleva el número S/2257/11 e incorpora al Código Penal el artículo 157 ter que dispone: “Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años o multa de pesos diez mil a pesos cien mil el que: inc. 2) Con fines ilícitos, diseñare, programare, desarrollare, vendiere, ejecutare, facilitare o enviare un dispositivo, sistema o programa informático, destinados a la indebida obtención o captura de datos personales, financieros, o confidenciales.”

6. Normas procesales de las ley N° 11.723

En los artículos 75 a 78 la ley regula algunos aspectos procesales que conciernen a las acciones penales.

En el artículo 75 la ley establece: “En la aplicación de las penas establecidas por la presente ley, la acción se iniciará de oficio, por denuncia o querrela”.

Resulta de esta norma que la acción puede iniciarse por simple denuncia, no siendo necesario que sea el damnificado quien inicie la acción. Por otro lado, la jurisprudencia ha establecido que la acción penal por violaciones a la ley 11.723 es de acción pública.

El artículo 76 establece: “El procedimiento y jurisdicción será el establecido por el respectivo Código de Procedimientos en lo Criminal vigente en el lugar donde se cometa el delito.” De allí que la justicia competente sea la penal ordinaria.

El artículo 77 establece por su parte: “Tanto el juicio civil, como el criminal, son independientes y sus resoluciones definitivas no se afectan. Las partes sólo podrán usar en defensa de sus derechos las pruebas instrumentales de otro juicio, las confesiones y los peritajes, comprendido el fallo del jurado, más nunca las sentencias de los jueces respectivos.”

7. El Tratado sobre los Ciberdelitos de Budapest.

El tratado sobre cibercriminalidad, conocido habitualmente como Convenio de Budapest, es el primer tratado internacional que busca hacer frente a los delitos informáticos y los delitos en Internet mediante tres ejes fundamentales:

- La armonización de leyes nacionales, a cuyo fin establece una serie de conductas que deben ser tipificadas como delitos por los estados parte del Convenio, estableciendo: “Las partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que se estimen necesarias para prevenir como infracción penal...”.
- La mejora de las técnicas de investigación, estableciendo una serie de medidas y mecanismos que se deben adoptar, entre las que destaco a la obligación de conservación de datos de tráfico de las comunicaciones.
- El aumento de la cooperación entre las naciones, la armonización de las normativas sobre extradición, la cooperación policial internacional.

El convenio fue elaborado por el Consejo de Europa en Estrasburgo, con la participación activa de los Estados Unidos, Canadá, Sudáfrica, Japón, y China y fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su 109ª reunión, el 8 de noviembre de 2001.

El 23 de noviembre de 2001 se abrió a la firma en Budapest y entró en vigor el 1 de julio de 2004.

En marzo de 2011 la República Argentina solicitó incorporarse al Convenio, lo que implica una virtual adhesión e incorporación.

Si bien al confeccionarse la ley de delitos informáticos, pese a que en ese momento la Argentina no era parte de tratado, se tuvo en cuenta a los fines que los tipos penales creados respondieran a los requerimientos de Budapest.

II. Conclusiones

Habiendo finalizado un largo recorrido por la protección penal de los programas de computación, siendo éste uno más de los aspectos que forman parte del complejo sistema protectorio, vimos como nuestro país ha optado por un sistema integrado, por un lado, por una ley complementaria como es la 11.723 de Propiedad Intelectual, que a partir de la reforma del año 1998 a la misma, han tenido validez una serie de delitos que se encontraban tipificados en ella. Y por otro lado, por el Código Penal Argentino, que también tuvo que ser modificado por la denominada ley de Delitos Informáticos en el año 2008, para encuadrar ciertas conductas perjudiciales que se venían produciendo con frecuencia y que habían sido declaradas por la justicia como atípicas, es decir que no encuadraban en la figuras penales vigentes, quedando de esa manera impunes.

Hemos puesto el foco principalmente en los delitos informáticos, entendidos estos como la realización de una acción, que reuniendo las características que delimitan el concepto de delito, sea llevada a cabo utilizando un elemento informático y/o telemático, o vulnerando los derechos del titular de un elemento informático, ya sea *hardware* o *software*". Analizamos cuales son las características que poseen estos, que favorecen su consumación y dificultan su castigo. Desarrollamos en profundidad los delitos más importantes o que se cometen en mayor medida, como son el delito de copiado o reproducción ilícita o sin autorización de su autor y el delito del daño informático con sus respectivas agravantes. También hicimos referencia brevemente a un proyecto de ley sometido a estudio en el Congreso de la Nación, respecto de la captación u obtención ilegítima de datos confidenciales.

Finalmente mencionamos brevemente el Tratado sobre los Ciberdelitos de Budapest, que fue suscripto por la República Argentina y que demuestra la intención de nuestro país de seguir avanzando en materia de protección de los derechos intelectuales ante los incesantes ataques de piratería. Buscando armonizar nuestra legislación con el resto de las legislaciones de los Estados parte del Convenio y cooperar con las demás naciones en la prevención y sanción de la cibercriminalidad.

CAPÍTULO IV: Registro de las obras de *Software*

I. Introducción

Tal como hemos venido diciendo en capítulos anteriores, todas las legislaciones del mundo tratan de proteger la propiedad intelectual y en consecuencia los derechos de autor, ante las numerosas violaciones o actos de piratería que sufren los mismos en las últimas décadas debido a la irrupción de las nuevas tecnologías informáticas, como las máquinas grabadoras de cd y dvd, y más aún con el auge que ha tenido la internet, lo cual ha facilitado estas acciones.

Es una realidad que los avances tecnológicos se producen muy rápidamente, lo cual tiene un aspecto muy positivo para la sociedad, pero por otro lado, tiene también un aspecto negativo y que sigue generando interrogantes respecto de la protección de los derechos de autor, debido a que como venimos analizando no se ha encontrado una única solución a este problema, sino que tenemos distintas aristas, que en conjunto dan algún tipo de tutela legal. Ya vimos, que existe tutela civil, a través de la ley de Propiedad Intelectual, una protección por vía de la legislación penal, a través de un sistema conjunto entre dicha ley y el Código Penal Argentino, y por último, tenemos a nuestro entender una tutela si se quiere “administrativa”, que es la que pretendemos desarrollar en el presente capítulo, a través del depósito y registro de las obras.

Tal como señala Fernández Delpech (2011), desde hace ya muchos años el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, es el elemento madre y fundamental de tal protección.

Los tres principios básicos de protección del Convenio de Berna son los siguientes:

- 1) Las obras originadas en alguno de los Estados contratantes recibirán en cada uno de los demás Estados firmantes del Convenio la misma protección que éstos otorgan a las obras de sus propios ciudadanos, asimilándose así la obra extranjera a la nacional.
- 2) Esa protección no debe estar condicionada al cumplimiento de formalidad alguna.
- 3) Esa protección es independiente de la existencia de una protección correspondiente en el país de origen de la obra.

1. Análisis del Decreto 165/94 y de la Ley 11.723

El registro de las obras de *software* tiene un procedimiento de registración diferente al del resto de las obras científicas, literarias y artísticas, debido a que este último resultaba de muy difícil cumplimiento con relación a algunas obras de *software* y con relación a las bases de datos.

Fue por ello que el decreto 165/94 en sus artículos 2 y 3, dispuso que el depósito de las obras de *software* y bases de datos consiste en el depósito de amplios extractos de su contenido, junto con una explicación escrita de su estructura y organización, como también de sus principales características, de manera que se pueda individualizar la obra y dar una noción fiel de su contenido.

La ley 25.036 que modificó la ley de Propiedad intelectual y que fue dictada con posterioridad al decreto 165/94, en el artículo 57 *in fine* dispone con relación a las formalidades del registro: “Para los programas de computación consistirá el depósito de los elementos y documentos que determine la reglamentación”. Hasta el presente no se ha dictado la reglamentación, pero atento a que la ley 25.036 no derogó tampoco el decreto 165/94, se entiende que las formalidades establecidas en los artículos 2 y 3 del decreto son las que continúan rigiendo la registración de obras de *software* (Fernández Delpech, 2014).

2. ¿Qué es la DNDA y la CESSI?

La Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) es la entidad que se encarga de asegurar las obras de autores contra plagio y piratería. Solo se registran obras inéditas o publicadas, las cuales son revisadas antes de su aceptación.¹⁷

En el caso particular de los programas de computación, la inscripción se realiza ante la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos (CESSI), quien tiene un convenio a tal fin con el Ministerio de Justicia, por el cual la CESSI, se constituyó como uno de los Entes Cooperadores de la Dirección Nacional de Derechos de Autor a los fines de la registración de obras.

De acuerdo a la información que nos provee el sitio web oficial¹⁸, La Cámara de Empresas de Software y Servicios informáticos (CESSI) es una organización creada en el año 1982, sin fines de lucro, que nuclea a las empresas y entidades regionales dedicadas al desarrollo, producción, comercialización e implementación de *software* y todas las variantes de servicios en todo el ámbito de la República Argentina.

La misión de la CESSI es impulsar el crecimiento y posicionamiento de la industria tecnológica argentina en el país y en el mundo, procurando generar valor agregado argentino hacia

¹⁷ <http://www.jus.gob.ar/derecho-de-autor>

¹⁸ <http://www.cessi.org.ar/historia>

el exterior y colaborando en la reducción de la brecha digital, el desarrollo de la sociedad, y la calidad empresarial y humana del país en su conjunto.

3. Como registrar un *Software*.

La inscripción de las obras de *software* se realiza mediante un formulario de registro que una vez llenado se presenta en las oficinas de la CESSI en la Ciudad de Buenos Aires o en una serie de delegaciones en el interior del país.

La CESSI entrega al registrante una copia de dicho formulario que es considerado como una especie de título de propiedad sobre la obra registrada.

CESSI posee en su página web¹⁹ un instructivo muy completo para el registro de la propiedad intelectual de las obras de *software* que desarrollaremos a continuación. Se establece allí la existencia de tres tipos de registros: obra inédita, obra publicada y también los contratos de *software*.

- **Obra inédita:** son aquellas obras que los autores o titulares solamente utilizan en forma personal o dentro de una empresa. Protege al autor desde la toma de razón del depósito durante el plazo de tres años, si previamente no es retirado por el mismo. Dentro de los próximos treinta (30) días hábiles a partir del vencimiento del plazo previsto, puede renovarse en depósito presentando el certificado anterior, debiendo acreditar en el mismo acto identidad con alguno de los siguientes documentos vigentes a saber: DNI, LC, Cédula de Identidad del Mercosur, Pasaporte, Cédula de Identidad extranjera de países limítrofes. El trámite es personal. No es obligatorio.

Valor del Formulario: \$70 (tasa incluida).

Para registrar una obra inédita se debe presentar:

- 1) Formulario completo correspondiente a las obras inéditas (formulario E), previo pago de la tasa legal;
- 2) Una copia de la obra –en cualquier soporte– dentro de un sobre A4 cerrado y lacrado;

¹⁹ <http://www.cessi.org.ar/tramites-registro-de-software-88/index.html>

- 3) El solicitante incluirá bajo sobre lacrado y firmado todas las expresiones de la obra que juzgue convenientes y suficientes para identificar su creación y garantizar la reserva de su información secreta.
 - 4) Nombre completo y número de DNI de los autores.
 - 5) CUIT de la empresa titular de los derechos.
 - 6) El cierre del sobre debe estar firmado por el o los autores y titular/es y/o apoderados.
 - 7) Nombre de la obra.
- Obra publicada: son aquellas obras que se venden, regalan, donan, distribuyen gratuitamente, etc. Este trámite contempla la inscripción de obras de *software* puestas en conocimiento del público.

El registro de obra publicada se renueva cada 70 años.

El depósito e inscripción protege al autor y editor frente a terceros, en cualquier país del mundo miembro del Convenio de Berna.

El Valor del Formulario es de \$200.

Para registrar una obra publicada se debe presentar:

- 1) Formulario de Obra Publicada (F) completo junto con un ejemplar en sobre A4. El trámite no es personal, por lo que se puede realizar la gestión por correspondencia enviando un cheque a la orden de Ente Cooperador Ley 23.412.
 - 2) Nombre y documentos de los autores;
 - 3) Nombre y documentos de los titulares de los derechos;
 - 4) Sistema operativo al que se adecua;
 - 5) Plataforma;
 - 6) Breve descripción del *software*;
 - 7) Costo por ejemplar y cantidad de ejemplares editados;
- Contratos de *Software* (licencias de uso, cesión de derechos y otros).
Documentación a presentar: Formulario de Contrato completo junto con el contrato original y una copia. En el caso que el contrato esté redactado en otro idioma, se lo debe hacer traducir por traductor público y adjuntar también, la traducción con una copia.

- Valor del Formulario de Contrato: \$200 + tasa legal*.

*Tasa legal:

1. Monto determinado: 1% monto del contrato (mínimo: \$4,50).
2. Monto indeterminado: \$6,50.

4. Por qué registrar un *Software*.

Quien registra su obra de *software* accede a determinados beneficios²⁰:

- Seguridad: lo que ingresa en el Registro de Derecho de Autor adquiere, mediante el acto administrativo que significa su admisión, luego de un examen, certeza de su existencia en determinada fecha, en lo que hace a su autor y contenido. Si se trata de un contrato, certeza de la fecha, contenido y partes contratantes.
- Prueba de Auditoría: es una presunción de autoría que otorga el Estado, con una fecha cierta de inscripción.
- Elemento de comparación: el registro en la Dirección Nacional de Derechos de Autor sirve de elemento de comparación en supuestos de plagio y piratería. En esos supuestos, la obra es remitida al Poder Judicial para su valoración.
- Protección del Usuario de buena fe: se presume autor de la obra el que figura como tal en el certificado de registro, salvo prueba en contrario. El autor que publicara la obra conforme a las constancias que obran en la Dirección Nacional de Derechos de Autor, quedaría eximido de responsabilidad penal, en el supuesto de que se presente el verdadero autor reclamando sus derechos.
- Publicidad de las obras y contratos registrados: función primordial de un registro es dar a conocer su contenido. La información beneficia a todo aquel que tiene interés en oponer su derecho frente a terceros y a quienes buscan cerciorarse sobre la viabilidad y legitimidad en una contratación.

²⁰ <http://www.cessi.org.ar>

Luego de haber analizado todo el procedimiento y los requisitos para la inscripción, así como también los beneficios que traen aparejados el depósito y registro de las obras de *software*, debemos preguntarnos qué sucede cuando no se realiza dicha inscripción.

El artículo 63 de la ley 11.723 establece en su primer párrafo que: “La falta de inscripción trae como consecuencia la suspensión del derecho del autor sobre su obra hasta el momento en que se efectúe tal depósito e inscripción, recuperándose dichos derechos en el acto mismo de la inscripción, por el término y condiciones que corresponda, sin perjuicio de la validez de las reproducciones, ediciones, ejecuciones y toda otra publicación hecha durante el tiempo en que la obra no estuvo inscrita.”

Fernández Delpech (2011) considera que el significado del texto de la norma es muy preciso, en el sentido de que la falta de registro de la obra nacional priva al autor exclusivamente de los derechos patrimoniales, pero no de los derechos morales sobre la obra, por lo que no podremos ejercer los derechos económicos sobre la misma.

Esta suspensión se produce una vez transcurridos los tres meses que la ley otorga para hacer el registro y autoriza a que terceros tengan la libre utilización de la obra sin autorización y sin obligación de pago, pero no pudiendo realizar ninguna modificación de la obra, ya que los derechos morales no quedan suspendidos por la falta de inscripción. Recordemos que los derechos morales del autor nacen con la creación de su obra, y su existencia y reconocimiento es independiente y no puede estar supeditado al registro de la obra.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho:

“Si bien la falta de inscripción de una obra en el Registro de la Propiedad Intelectual trae como consecuencia la suspensión del derecho de autor hasta que dicho trámite se materialice, tal sanción no alcanza más que el derecho pecuniario, pues sería absurdo que la falta de inscripción hiciera perder la paternidad de la obra o de cualquier otra facultad contenida en el derecho moral.”²¹

Por último, podemos agregar que el depósito y registro de una obra intelectual crea una serie de presunciones *iuris tantum*:

- Que lo que se ha depositado y registrado constituye una obra intelectual;
- Que el depositante y registrante es el autor o editor de la obra, según sea el caso.

²¹ Cámara Nacional Casación Penal, Sala II, “Blaustein, David s/Recurso de Casación” (Sentencia de fecha 23 de Mayo de 2001)

La jurisprudencia argentina ha establecido reiteradamente que la autoría sobre una obra nace con su creación.

II. Conclusiones

Hemos concluido con la segunda parte de este trabajo, desarrollando en forma integral el sistema de tutela legal que rodea al *software*. En este último capítulo analizamos, lo que a nuestro entender, después del ámbito civil y penal, es la tercera pata de este sistema, referida a una protección de tipo administrativa, estudiando cual es la reglamentación vigente hasta el momento, la cual surge provisoriamente del decreto 165/94, debido a que se encuentra pendiente una nueva regulación que nunca fue dictada, pese a que ya pasaron más de 16 años de la última reforma a la ley de Propiedad Intelectual.

Hemos conocido como funciona el registro de las obras de *software*, a cargo de la autoridad en el tema, que es la Cámara de Empresas de Software y Servicios informáticos (CESSI), la cual actúa como Ente Cooperador de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, que es la institución nacional encargada de asegurar los derechos de los autores, tal como su nombre lo indica.

Realizamos un análisis de los requisitos necesarios para la registración de dichas obras, así como el plazo de vigencia del registro comparando por un lado las obras inéditas y por el otro las obras publicadas, además de los contratos de *software*, que son objeto del próximo capítulo, de los cuales solo hicimos una breve mención.

Un punto verdaderamente importante es el referido a cuales son los beneficios que trae la registración de los programas para sus autores o titulares y cuáles son los inconvenientes ante la falta de registro, que principalmente produce la suspensión de los derechos patrimoniales correspondientes a la obra en cuestión, hasta el momento de la realización del trámite.

CAPÍTULO V: Contratos relativos al *Software*

I. Introducción

Habiendo dejado atrás todas las áreas de protección de las obras de *software*, es menester involucrarnos con el ámbito más comercial del tema que nos ocupa, donde vamos a investigar qué tipos de contratos son afines a la figura del *software*, veremos la diferencia, si es que existe, entre los contratos electrónicos y los contratos informáticos. Analizaremos en detalle los contratos más utilizados para la comercialización o explotación económica de los programas de computación, poniendo especial atención en el contrato de licencia para su uso o reproducción, desarrollando la multiplicidad de licencias que existen, de acuerdo con el tipo de *software* correspondiente.

Finalmente, conoceremos los novedosos servicios de ASP (arrendamiento en línea de aplicaciones), intentaremos explicar los mecanismos de funcionamiento y las complejas relaciones jurídicas y económicas que se producen en consecuencia, y por otra parte, también analizaremos el sistema de plataformas de distribución digital de *software*, que es ampliamente conocido y utilizado en la actualidad por la mayoría de las personas a través de los teléfonos celulares, tabletas, televisores *smart*, etcétera.

1. Contratos electrónicos y contratos informáticos. Diferencias

Existe una frecuente confusión que se plantea entre los términos “contratos electrónicos” y “contratos informáticos”, en donde para algunos ambos términos tienen significados similares y para otros los segundos son una parte de los primeros.

Creemos que se trata de dos conceptos totalmente diferentes.

1.1 Contratos electrónicos

El contrato electrónico es “aquel que se celebra sin la presencia física y simultánea de las partes, quienes prestan su consentimiento en origen y en destino por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenaje de datos” (Fernández Delpech, 2014, p. 415).

Como vemos, estos contratos no se definen por su objeto sino por el medio empleado para su realización.

Conforme a esta definición, podemos establecer que en los contratos electrónicos existen al menos dos características fundamentales:

- Son contratos celebrados a distancia, en lo que no existe al momento de su perfeccionamiento, la presencia física y simultánea de los contratantes;
- Son los contratos concluidos a través de medios informáticos, mediante los cuales se realiza la oferta y la aceptación.

Se podría decir entonces que cuando hablamos de contratos electrónicos más que de contratos, estamos refiriéndonos a una forma de contratación, sin determinar cuál es el objeto del contrato.

Pueden ser objeto de un contrato electrónico cualquier cosa, incluidos bienes y servicios informáticos, en cuyo caso estaríamos frente a un contrato informático celebrado por medios electrónicos.

Son por otra parte, el medio de celebración de múltiples contratos, aunque también existen algunos contratos que por imperativo legal no pueden ser celebrados por este medio electrónico, ya que la ley ha requerido la existencia de alguna formalidad en su celebración, por ejemplo el caso de la compraventa de inmuebles que según el artículo 1017 inc. a) del Código Civil y Comercial de la Nación debe ser realizado por escritura pública.

Estos contratos electrónicos presentan algunas dificultades:

- Salvo que se realicen mediante un documento electrónico con firma digital, no existe una muestra de consentimiento que se conserve como prueba de la aceptación del usuario.
- Cuando se trata de contratos internacionales, es difícil determinar cuál es la legislación aplicable. Si bien la autonomía de la voluntad generalmente determina la legislación que se aplicara a los conflictos que puedan plantearse, en caso de no estar predeterminado, en el sistema jurídico argentino regiría el artículo 2652 del CCyCN.²²

²² ARTÍCULO 2652.- Determinación del derecho aplicable en defecto de elección por las partes. En defecto de elección por las partes del derecho aplicable, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento. Si no está designado, o no resultare de la naturaleza de la relación, se entiende que lugar de cumplimiento es el del domicilio actual del deudor de la prestación más característica del contrato. En caso de no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración. La perfección de los contratos entre ausentes se rige por la ley del lugar del cual parte la oferta aceptada.

1.2 Contratos informáticos

Conforme al artículo 957 del CCyCN: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales.”

Por otro lado, el sistema argentino distingue entre los contratos nominados e innominados. El artículo 970 establece: “Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- a. la voluntad de las partes;
- b. las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c. los usos y prácticas del lugar de celebración;
- d. las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.”

Los contratos informáticos son en su mayoría innominados. En tal sentido el Código Civil y Comercial prevé en su artículo 959: “Efecto vinculante. Todo contrato válidamente celebrado es obligatorio para las partes. Su contenido sólo puede ser modificado o extinguido por acuerdo de partes o en los supuestos en que la ley lo prevé.”

Fernández Delpech (2014) nos dice que los contratos informáticos son casi en su totalidad contratos innominados, cuyo objeto es un bien o un servicio informático o ambos con independencia de la vía por la que se celebren, salvo algunos contratos que están mencionados en la ley de Propiedad Intelectual, como es el de licencia para uso o reproducción que se encuentra en el artículo 55 bis.

- Son bienes informáticos los elementos que forman el sistema: *hardware* y *software*
- Son servicios informáticos todos aquellos que sirven de apoyo y complemento a la actividad informática.

Como vemos, estos contratos se definen por su objeto pudiendo realizarse por medios electrónicos o no electrónicos.

Bibiana Luz Clara, citada por Fernández Delpech nos dice:

Los Contratos informáticos son aquellos que crean relaciones entre las partes sobre *Hardware* y *Software*, sobre prestación de servicios de apoyo y de mantenimiento. Estas relaciones jurídicas entre los contratantes crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones sobre

bienes y servicios informáticos. Entonces, diremos que su objeto principal recae sobre bienes y/o servicios informáticos (2014, p. 418).

Creemos por otra parte que los contratos informáticos muchas veces presentan un característica muy particular y diferente a los restantes contratos, y que es la referida a la casi total falta de intervención en la elaboración del contrato, por parte de uno de los contratantes, así como que en ellos se produce la indefensión de una de las partes del contrato (el usuario), atento al desconocimiento que en general tiene sobre temas informáticos así como a la posición dominante que en general tienen las empresas del Sector Informático. Ello ocurre generalmente en los contratos de licencia.

A este tipo de contratos se los llama contratos de adhesión, siendo aquellos en que una de las partes es quien determina por sí sola el contenido del contrato quedando solamente para la otra parte contratante como única posibilidad aceptar o rechazar el contrato sin posibilidad de discutirlo o modificarlo.

Tenemos de esta manera, el acuerdo de voluntades, siendo éste un elemento necesario para la existencia de un contrato, que se realiza entre un oferente, quien confecciona el contrato y determina sus condiciones, llamadas cláusulas predispuestas y quien acepta el mismo (adherente).

Normalmente el oferente es una empresa y el adherente es un consumidor individual o usuario.

Con relación a estos contratos de adhesión se ha hecho aplicable el principio por el cual en caso de duda, el contrato debe interpretarse en contra del proveedor y a favor del usuario.

Ha dicho la jurisprudencia: “La situación de desigualdad entre las partes, característica de los contratos de adhesión, se agrava en los contratos informáticos, en los cuales el cliente por ignorancia técnica, no puede establecer juicio sobre el producto o servicio que se le propone. En caso de duda, el contrato debe interpretarse en contra del proveedor del servicio, quien debe utilizar terminología clara para no confundir al adquirente.”²³

Entendemos que en la mayoría de los contratos informáticos, es de aplicación la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, ya que según su artículo 1º: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al

²³ Suprema Corte de Mendoza, Sala 1a, “Sistex S.A. c. Valerio Oliva S.A.C.I.A. s/Sumario (Sentencia de fecha 5 de Febrero de 1990)

consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.”

No serán considerados consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen o utilicen bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción, transformación o comercialización.

La referida ley establece que, sin perjuicio de la validez del contrato, hay una serie de cláusulas que serán consideradas como no válidas y que son las enumeradas en el artículo 37:

- Aquellas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- Las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte;
- Las que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Asimismo los artículos 33 y 34 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor establecen:

Artículo 33: “Venta por Correspondencia y Otras. Es aquella en que la propuesta se efectúa por medio postal, telecomunicaciones, electrónico o similar y la respuesta a la misma se realiza por iguales medios...”

Artículo 34: “En los casos previstos en los artículos 32 y 33 de la presente ley, el consumidor tiene derecho a revocar la aceptación durante el plazo de DIEZ (10) días corridos, contados a partir de la fecha en que se entregue el bien o se celebre el contrato, lo último que ocurra, sin responsabilidad alguna. Esta facultad no puede ser dispensada ni renunciada. El vendedor debe informar por escrito al consumidor de esta facultad de revocación en todo documento que con motivo de venta le sea presentado al consumidor. Tal información debe ser incluida en forma clara y notoria. El consumidor debe poner el bien a disposición del vendedor y los gastos de devolución son por cuenta de este último.”

Habitualmente se clasifica a los contratos informáticos en:

- Contratos de *Software*
- Contratos de *Hardware*
- Contratos de prestación de servicios informáticos

A continuación, comenzaremos a desarrollar los contratos de *software* más importantes, que son los que configuran el objeto de este capítulo.

2. Contratos de *Software*.

2.1 Compraventa.

Regulado en los artículos 51 a 55 de la Ley de Propiedad intelectual entre los contratos vinculados a los derechos de autor.

Siguiendo a Fernández Delpech (2011; 2014), este nos dice que la ley 11.723 no define al contrato de enajenación o venta, sino que bajo el título “De la venta”, en el artículo 51 simplemente establece la posibilidad de que el autor o sus derechohabientes puedan enajenar o ceder total o parcialmente su obra, estableciendo que:

- Esta enajenación es válida sólo durante el tiempo establecido por la ley (al autor de por vida y para los herederos o derechohabientes setenta años contados a partir del primero de enero del año siguiente al de la muerte del autor o al de su enajenación o cesión total o parcial)
- Esta enajenación otorga al adquirente el derecho patrimonial sobre la obra, lo que le permite aprovechar económicamente la obra.
- Esta enajenación no transfiere al adquirente los derechos morales, ya que no puede alterar el título, la forma y el contenido de la obra. El autor conserva el derecho a exigir la fidelidad de su texto y título en las impresiones, copias o reproducciones, como asimismo la mención de su nombre o seudónimo como autor.

Habíamos dicho que entre los derechos morales se encontraba el derecho de divulgación, el derecho de que se reconozca la paternidad sobre la obra y el derecho a que se respete la integridad de la obra.

Creemos que el primero de estos derechos, derecho de divulgación y que comprende la facultad de dar a conocer la obra, o reservarla, es el único de los derechos morales que se transfiere juntamente con la transferencia de los derechos patrimoniales.

Distinto es el caso de los otros dos derechos morales: paternidad e integridad, que evidentemente, y tal como la ley lo reconoce, no se transfieren con la enajenación sino que quedan en cabeza del autor, por ser prerrogativas de orden moral, perpetuas e intransmisibles, inherentes a la persona.

Este contrato, es un contrato atípico, pues teniendo muchos puntos de afinidad con los contratos del derecho común, no lo podemos asimilar al contrato de compraventa contemplado

por la legislación general civil y comercial, fundamentalmente porque aquí estamos frente a la enajenación temporal de un bien inmaterial, cuando el contrato de compraventa del derecho común se refiere a la transferencia definitiva de la propiedad de un bien material mueble o inmueble.

Este tipo de compraventa, para tener plena validez debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Intelectual, ya que el artículo 53 de la ley 11.723 establece que la enajenación total o parcial de una obra debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Intelectual, y que la falta de inscripción quita validez a tal enajenación.

Compartimos el criterio de la jurisprudencia de nuestros tribunales que ha establecido que la falta de inscripción no hace caer el contrato, sino que sólo se refiere a la no oponibilidad del contrato frente a terceros, pero que éste es plenamente válido entre las partes, aunque no se haya cumplido con la obligación de inscripción.

Por último, nos parece importante destacar lo que nos dice Hess Araya (2007) en torno al tema. Este tipo de contratos no es muy frecuente respecto de las aplicaciones comerciales de productividad, salvo en las hipótesis de compra o fusión de empresas completas (en cuyo caso las aplicaciones propiedad de la empresa adquirida o refundida presumiblemente se transmitirán a la adquirente o superviviente junto con el resto de los activos) o bien en las mega adquisiciones de productos de *software* de una empresa pequeña por parte de otra más grande que desea incorporarlos a su portafolios comercial.

Entre las obligaciones más importantes del enajenante o cedente se incluirán: a) Entregar el código fuente, junto con todas las especificaciones de diseño lógico y físico del *software*; y b) Garantizar al cesionario contra reclamos de terceros por la eventual violación de derechos de propiedad intelectual.

Por su parte las obligaciones del adquirente del *software* serán las siguientes: a) El pago del precio convenido; y b) Respetar los derechos morales del desarrollador, no intentando ocultar o desvirtuar su autoría original del *software*.

2.2 Contrato de edición.

La edición electrónica de una obra ya sea en soportes digitales o por su incorporación a un sitio web de la red Internet, aparece como una nueva forma de negociación entre las partes que surge como una lógica consecuencia de la irrupción de Internet en el mundo moderno, y que se

puede formalizar contractualmente en un contrato de edición digital o subiéndola directamente a la red Internet, donde son ofrecidas a los usuarios de un sitio para que descarguen la aplicación en su computadora o incluso en su teléfono celular (Fernández Delpech, 2011).

En esta nueva modalidad del contrato de edición, la obra intelectual ha dejado de tener un soporte tangible, para pasar a tener un soporte intangible.

El artículo 37 de la ley de propiedad intelectual establece: “Habrá contrato de edición cuando el titular del derecho de propiedad sobre una obra intelectual, se obliga a entregarla a un editor y éste a reproducirla, difundirla y venderla. Este contrato se aplica cualquiera sea la forma o sistema de reproducción o publicación.”

Las partes son:

- El titular de los derechos de autor (autor, herederos o aquellos que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transforman);
- El editor, que por lo común posee una organización de tipo empresarial.

Conforme al artículo 38, el titular de la obra conserva los derechos de propiedad sobre la misma, salvo que expresamente renunciare a ellos.

En este contrato el editor asume la obligación de cumplir tres prestaciones:

- Reproducir la obra (en soporte digital)
- Difundir la obra
- Vender la obra

Este contrato, poco usual en el medio informático, necesariamente es de carácter oneroso, y normalmente se determina una regalía sobre el precio de venta de cada ejemplar (Fernández Delpech, 2014).

2.3 Contrato de licencia para su uso o reproducción.

Es el principal de los contratos vinculados con el *software*, y el único de los contratos informáticos nominados por la ley 11.723.

La licencia de *software* es un contrato en virtud del cual el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre una obra de *software* autoriza a un tercero a realizar determinadas acciones sobre las cuales solo él está legalmente facultado a realizar, generalmente mediante el pago de un precio (Fernández Delpech, 2014, p. 422).

La ley 11.723 de Propiedad Intelectual en su texto original de 1933, así como no mencionaba al *software* entre las obras protegidas, tampoco obviamente regulaba la licencia de *software*. Fue recién en 1998 con el dictado de la ley 25.036, que se incorpora al *software* en el listado del artículo 1 de la ley 11.723, y se regula el contrato de licencia de un *software* en un nuevo artículo que se incorpora a la ley como artículo 55 bis, el cual establece: “La explotación de la propiedad intelectual sobre los programas de computación incluirá entre otras formas los contratos de licencia para su uso o reproducción.”

La ley establece dos acciones fundamentales que tiene el titular de los derechos:

- Uso, que significa ejecutar el programa;
- Reproducción, que para la ley significa la realización de una o más copias de la totalidad de la obra o de una parte de la obra, por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma. Recordemos acá que el derecho de reproducción es la facultad exclusiva del autor de autorizar o prohibir la reproducción de su obra y se encuentra consagrado por el artículo 2 de la ley 11.723.

Como ya vimos anteriormente, conforme al artículo 9 segundo párrafo de ley 11.723, es posible la reproducción por parte del licenciataria de un programa de *software* de una única copia del programa, a los efectos de su salvaguarda. Pero puede darse el caso de que el licenciataria esté autorizado expresamente a reproducir una mayor cantidad de copias, en caso contrario rige el artículo 9 referido en cuanto a que la facultad de reproducción se reduce a la única copia de salvaguarda (Fernández Delpech, 2014).

Evidentemente, el artículo 55 bis de la ley está pensado expresamente para un *software* propietario, en el cual la licencia solo permite el uso del programa y la realización de una copia, y no a un contrato de licencia de *software* libre, que autorizaría el uso, la reproducción de múltiples copias y la modificación del programa, ya que la licencia de un programa de *software* libre incluye tanto la entrega del código objeto como del código fuente.

En el contrato de licencia de *software* hay dos partes: El usuario, al que llamamos licenciataria, que adquiere del propietario del programa, al que llamamos licensor, el derecho de utilizar el programa sin posibilidad de reproducirlo fuera de los límites contractuales ni de utilizarlo para otros fines que no sean los pactados. Esas posibilidades de reproducción y límites de utilización obviamente varían dependiendo del tipo de *software* de que se trate conforme lo

antes visto, ya que si bien la normativa pareciera que refleja un *software* propietario, podría existir también un contrato de licencia sobre un *software* libre (Fernández Delpech, 2011, 2014).

El contrato debe establecer en forma clara y concreta los derechos otorgados a quien explota el programa.

- Derechos de uso: El licensor conserva la titularidad del programa y el licenciatarlo puede utilizarlo pero no puede transformarlo ni autorizar su utilización por terceros.
- Derechos de reproducción: Es la facultad exclusiva del autor, quien puede en el contrato autorizar la reproducción de uno o más ejemplares. En este punto debemos recordar lo establecido por el artículo 9 de la ley 11.723 sobre la copia de salvaguarda.
- Derechos de adaptación y de modificación: El contrato de licencia, puede contemplar la facultad de adaptación o modificación, total o parcial, del programa, o puede también prohibir la adaptación o modificación.
- Derechos de distribución y de publicación: Debe establecerse el término del contrato. En caso de que no esté establecido expresamente, el mismo será el de la Ley de Propiedad Intelectual del país donde se celebró el contrato. En la Argentina, es de por vida para el autor, y 70 años para los herederos o derechohabientes.

Federico Tjor (2014) con quien coincidimos, nos dice que dentro del llamado *software*, coexisten una multiplicidad de variantes que en ocasión resultan prácticamente contrapuestas, tanto en su filosofía de concepción como en el modo que se licencian, modifican e interactúan con otros programas, usuarios y desarrolladores. Para ello, intentaremos repasar y ampliar, la clasificación que hicimos en el primer capítulo referida a los tipos de *software* según las formas de licenciamiento. Adelantamos, que dicha clasificación no es taxativa, ya que por lo vertiginoso del rubro impide generar encasillamientos más que temporales.

En primer lugar, debemos distinguir entre *software* de dominio público y de dominio privado.

- Software de dominio público: en este caso el titular de los derechos de autor, renuncia voluntariamente a los derechos patrimoniales sobre la aplicación, y por ende, la licencia conferida al usuario es de carácter irrestricta. Por su parte, los derechos morales, permanecen intactos en cabeza del autor, en virtud de su carácter irrenunciable.

Tal como nos aclara Horacio Fernández Delpech (2011) la titularidad de los derechos recae sobre la sociedad en su conjunto, es decir, que ninguna persona o grupo de personas tiene

derechos exclusivos sobre la obra, ya que no pueden apropiarse de la misma, ni pasarla a su dominio privado, así como tampoco monopolizar su utilización, salvo que se trate de una obra derivada, conforme al artículo 29 del decreto 41.223/34, el cual reglamenta la Ley de Propiedad Intelectual.

- Software de dominio privado: es aquel que ha sido creado por un autor que lo ha registrado a su nombre, o aquel que, ha sido creado por una persona en ejercicio de sus funciones laborales en el ámbito de una empresa y consecuentemente, el *software* le pertenece a la empresa y se encuentra registrado a nombre de ésta (Fernández Delpech, 2011).

Hecha esta clasificación, ahora debemos distinguir dentro del *software* de dominio privado:

1) *Software* propietario

Es el creado por una o varias personas, que conservan la totalidad de los derechos de propiedad sobre la obra, pero autorizan a terceros, generalmente mediante un contrato de licencia a su uso, distribuyendo el *software* en código objeto, y reservándose el código fuente del mismo. Esto implica por lo general, que el usuario sólo tiene derecho a ejecutar el *software* y no dispone de acceso a su código fuente o aun teniendo acceso a él, no tiene derecho a modificarlo ni distribuirlo (Fernández Delpech, 2011, 2014).

Al respecto, Tjor (2014) nos aclara que son programas de código fuente cerrado, protegidos por el sistema del *Copyright* (derecho de autor), al efecto de garantizar legalmente a su creador la posibilidad de licenciar la utilización de su obra bajo ciertas condiciones, restringiendo todo tipo de modificación, estudio, copia, redistribución o ingeniería inversa²⁴. En su gran mayoría, se trata de programas licenciados de modo oneroso, preferido por las empresas dedicadas a su desarrollo por obvias razones de protección autoral, tal como sucede en los populares sistemas operativos de Microsoft (Windows), sus paquetes de oficina (Office), etc.

²⁴ La ingeniería inversa es una técnica que persigue restituir el código fuente de una aplicación, a partir de su código objeto. Esta operación se realiza, por ejemplo, para rescatar el código fuente en caso de que éste se hubiere perdido; para analizar la forma en que el programa realiza ciertas operaciones; para mejorar su desempeño; para corregir un defecto; para identificar la posible existencia de un virus informático en el programa, o bien para adaptar una aplicación escrita para un determinado microprocesador a otro.

Como regla de principio, la licencia que se confiera debe entenderse como no exclusiva e intransferible. La no exclusividad implica que el titular de la obra puede otorgar licencias de uso múltiples sin que el o los licenciarios previos puedan oponerse a ello (Hess Araya, 2007).

Las empresas proveedoras de *software* acostumbran a brindar facilidades para la adquisición de licencias múltiples, por ejemplo para fines corporativos. Pero en todo caso, la instalación de un número de copias de la aplicación en exceso de las permitidas por la licencia conllevará el quebranto de la ley de Propiedad Intelectual.

La modalidad de licenciamiento habitual para esta categoría es denominada Licencia de Uso de Usuario Final (EULA - *End User License Agreement*), que resulta distribuido en formato impreso conjuntamente al medio que contiene el *software* protegido o, en casos de descarga, suele exhibirse al momento de la instalación (Tjor, 2014).

La doctrina destaca en cuanto a las cláusulas habituales de estos acuerdos: a) las que limitan el uso; b) las que restringen la posibilidad de introducir modificaciones o mejoramiento del programa; c) las que se vinculan con las garantías que presta el productor; d) las que advierten que sólo conceden un derecho de uso mediante la licencia y aclaran que no venden el *software*; e) las que hacen expresa reserva de los derechos de propiedad intelectual sobre el *software*, las guías y manuales y cualquier otro material impreso que acompañe al programa; f) las que conceden la licencia con carácter no exclusivo y no transferible; g) las que prohíben realizar más de una copia que no sea de respaldo o copia de seguridad, a fin de desalentar la piratería y h) las que prohíben utilizar el programa licenciado en más de una computadora (Juanes, 2012).

Los diferentes tipos de licencia que podemos encontrar de *software* propietario son:

- i. Licencias de *software* propietario pago: Son las más conocidas y autorizan la instalación en la computadora y su uso, pero prohíben copiar el programa, modificarlo y distribuirlo, con la única excepción de la copia de salvaguarda.
- ii. El *shareware*: la licencia autoriza a instalarlo gratuitamente y probar el programa con todas sus características durante un período limitado de tiempo o número de veces, vencido el cual el programa deja de funcionar. Para continuar usándolo se debe pagar el precio de la licencia.
- iii. El *freeware*: estos programas son totalmente gratuitos y no necesitan licencia alguna.
- iv. El *Adware*: es un sistema más actual, que toma su nombre del término inglés “*advertising*” que significa publicidad. Este tipo de programas es de utilización y distribución gratuita

respecto del usuario, y por su parte el desarrollador es retribuido a través de la exhibición automática y obligatoria de publicidad (carteles, videos, audios, animaciones, juegos, etcétera) ya sea durante la instalación, o bien la ejecución del *software*, obteniendo una ganancia relativa a la cantidad de vistas que cuente la publicidad y simultáneamente un monto porcentualmente mayor sobre aquellos que efectivamente se interesen en lo publicitado (medido no en número de exhibiciones del cartel, sino en *clicks* sobre el mismo o contratación de lo ofertado, siempre que resulte derivado de la publicidad inserta) (Tjor, 2014).

En cuanto al perfeccionamiento del contrato de licencia de uso de *software*, Hess Araya (2007) nos dice que encontramos distintas vías, por un lado tenemos:

- Licencia convencional: es la que se concierta y formaliza por escrito, normalmente en el contexto de un contrato de desarrollo de *software* a la medida en el que no hay transferencia de derechos al usuario.

Por otro lado, ha surgido un elemento interesante, que es el diseño dado por el mercado global al método de aceptación o rechazo de las condiciones de licencia.

Frente a la imposibilidad práctica de obtener la firma del usuario en un instrumento, se ha optado (sin perjuicio de alternativas modernas como la firma digital) por los llamados *shrink wrap* y *click wrap* o *browse wrap*.

- Licencia *shrink wrap*: es una modalidad típica del *software* comercial, el clausulado viene estampado en la caja de distribución del producto o -más frecuente aún- en un documento que se agrega al contenido, ya sea al inicio del manual del usuario o en hoja aparte.

Usualmente incluye una etiqueta visible externamente que indica que su apertura implicará la aceptación de los términos del EULA (sigla en inglés) o Licencia de Uso de Usuario Final.²⁵

- Licencia *click wrap* o *browse wrap*: es cuando el *software* es recibido electrónicamente (tal como al descargarse de internet), lo usual es que el clausulado de la licencia sea desplegado al usuario del mismo modo. Puede ser que aparezca en forma de página web, y otra que se

²⁵ En estos casos suelen especificar algo como lo siguiente: “Por el hecho de abrir este paquete, rompiendo la envoltura plástica e instalando el *software* en su computadora, usted manifiesta que ha leído y que comprende los términos y condiciones fijados en esta licencia y que consiente sujetarse a todas ellas”

muestre en pantalla durante el proceso de instalación. En ambos casos, el usuario deberá hacer *click* en un botón como señal de aceptación de los términos de la licencia, antes de que el proceso de descarga o de instalación continúe. El nombre de “*click wrap*” deriva precisamente de ese gesto de consentimiento simbólico.

2) *Software* libre

Es el *software* creado por una o varias personas, donde sus titulares transfieren a terceros los derechos totales o parciales sobre la obra y/o autorizan a estos a su uso o modificación con mayor o menor alcance (Fernández Delpech, 2011).

Se lo conoce también como *open source* o código abierto y parte de la premisa de principio que el *software* debería ser libre y accesible a todos. Se caracteriza por distribuir libremente el código objeto y el código fuente del programa, con la idea de que otros programadores puedan estudiarlo e incluso modificarlo para fines de personalización o bien para introducirle mejoras. Los más conocidos ejemplos de esta categoría son el sistema operativo Linux y el paquete de *software* de oficina OpenOffice.org (Hess Araya, 2007).

Fernández Delpech (2011) nos dice que dentro del *software* libre existen dos corrientes filosóficas:

- *Software* libre o *free software*: promovido por la *Free Software Foundation* (FSF), fundada por Richard Stallman en 1984.
- *Software* de código abierto u *open source*, que aparece en 1998 por iniciativa de la *Open Source Initiative* (OSI).

Puede decirse que ambas corrientes presentan un desacuerdo filosófico fundamental con relación a la valoración que hacen del *software* libre y las llamadas cuatro libertades: usar, copiar, modificar y distribuir.

Carranza Torres y Bruera, citados por Fernández Delpech nos dicen:

Puede afirmarse que el planteamiento de la FSF es ético o axiológico con respecto a las libertades, en el sentido de que considera que las facultades de usar, copiar, modificar, y distribuir *software* son moralmente valiosas y la ausencia de esas cuatro facultades es moralmente disvaliosa, mientras que cuestiones como costo y tiempo de desarrollo, calidad técnica, seguridad, eficiencia, etc., son secundarias. Para esta postura, el *software* libre es

preferible al *software* propietario por cuestiones éticas, por otorgar esas cuatro facultades y no por sus ventajas técnicas, económicas o comerciales.

Al contrario, la posición de la OSI es agnóstica con respecto al valor moral de las cuatro libertades, porque para esta corriente lo importante de las cuatro libertades es que permiten desarrollar más cantidad de *software*, de mejor calidad, en un plazo más corto y a más bajo costo que el modelo de licenciamiento propietario. Es un tema de modelo económico de desarrollo de *software* que compite a un mismo nivel que el *software* propietario (2014, p.111).

Más allá de estas discrepancias filosóficas en el *software* libre y en el *software* de código abierto, se otorgan al usuario las cuatro libertades:

- La libertad de usar el programa, con cualquier propósito;
- La libertad de copiar el programa;
- La libertad de estudiar el funcionamiento del programa, adaptarlo a las necesidades, mejorarlo y hacer públicas las mejoras, de modo que toda la comunidad se beneficie;
- La libertad de distribuir copias, con lo cual se puede ayudar a otros (Tjor, 2014).

Para que se den estas libertades es requisito previo contar con el código fuente del programa, por lo que en el sistema del *software* libre, como mencionamos anteriormente, se entrega al usuario tanto el código objeto como el código fuente.

Quienes promueven el *software* libre y de código abierto, promueven que el *software* cumpla con las siguientes premisas:

- Libre distribución: el *software* debe poder ser cedido gratuitamente o vendido libremente;
- Código fuente: debe estar incluido o debe existir forma de obtenerlo libremente;
- Trabajos derivados: la redistribución de éstos debe estar permitida;
- Integridad del código fuente del autor: las licencias pueden requerir que las modificaciones sean redistribuidas sólo como parches;
- Sin discriminación de personas o grupos: no debe existir discriminación con respecto a los destinatarios;
- Sin discriminación de áreas de iniciativa: los usuarios comerciales no pueden ser excluidos;
- Distribución de la licencia: deben aplicarse los mismos derechos a todos los que reciban el programa;

- La licencia no debe ser específica de un producto: el programa no puede licenciarse sólo como parte de una distribución mayor.
- La licencia no debe restringir otro *software*: la licencia no puede obligar a que algún otro *software* sea distribuido también con el código abierto;
- La licencia debe ser tecnológicamente neutral: no debe requerirse la aceptación de la licencia por medio de un acceso automático (Fernández Delpech, 2011).

Contrariamente a lo que se cree, *software* libre no equivale a *software* gratuito, aunque ambas características puedan encontrarse en un mismo producto, nada impide que un *software* libre sea distribuido lucrativamente. Es una cuestión de libertad y no de precio (Hess Araya, 2007).

Fernández Delpech (2014) nos dice que existen una gran variedad de licencias dentro del *software* libre o de código abierto que podemos reunir las en dos grandes grupos:

- Licencias permisivas: son aquellas licencias que si bien permiten la redistribución y modificación del programa, no imponen ninguna condición especial para ello. Entre ellas encontramos, la más conocida, es la licencia BSD (*Berkeley Software Distribution*). Por su parte, la *Open Source Initiative* no promueve una licencia única, sino un programa de certificación de licencias de terceros, las cuales deben cumplimentar determinados criterios establecidos para obtener así la certificación de la OSI y entonces utilizar la marca *Open Source Initiative*.

Adicionalmente a las muy conocidas *BSD Licenses*, encontramos también algunas de las más difundidas como la *Apache License* y la *MIT License*, originadas en universidades americanas, con menores restricciones que las tradicionales GNU (que veremos en el próximo apartado) puesto que conceden la posibilidad de incluir las piezas bajo su licencia, dentro de *software* propietario y sin distribución de código fuente, por lo que en términos generales, se encuentran más próximas al dominio público que al protegido por el *copyright* (Tjor, 2014).

- Licencias robustas: son aquellas licencias que imponen condiciones para el caso de la redistribución del *software*. Condiciones, que van en la línea de forzar a que se sigan cumpliendo las condiciones de la licencia después de la primera redistribución. Estas

licencias vienen acompañadas del concepto de *copyleft*²⁶, por el cual si bien el titular de los derechos de autor sobre la obra de *software* renuncia a los derechos sobre ella y al monopolio de su explotación, lo hace bajo la expresa condición, que las futuras distribuciones, ya sea en la versión original o en cualquier versión en la que ha introducido modificaciones, se efectúe otorgando similares facultades de utilización que las recibidas, pero no permitiendo añadir a las nuevas licencias ningún tipo de restricción adicional a las que el autor tuvo al recibirlas. De esta forma el sistema del *copyleft* no permite apropiarse del *software* libre.

Aclarando aún más este concepto, Wilson Ríos citado por Hess Araya nos dice que:

Así como el *copyright* le permite a su titular imponer condiciones, restricciones y limitantes; el *copyleft*, le impide a quien realice mejoras, actualizaciones, estudios o cualquier uso sobre un *software* libre, que al distribuirlos o redistribuirlos, imponga restricción alguna que afecte la naturaleza de libre que tenía el *software* al inicio del proceso y por lo tanto se conservarán y respetarán las mismas libertades que le fueron infundidas. (2007, p. 13)

Ahora bien, Tjor (2014) nos enseña, que dentro de las licencias creadas y propuestas por la FSF encontramos, entre otras:

- La GNU GPL: es la primera de ellas y data del año 1989, surgió a fin de proteger el *software* desarrollado bajo el Proyecto GNU, que es un conjunto de programas totalmente gratuitos, diseñados para funcionar en compatibilidad con el sistema operativo UNIX. Stallman la denominó GNU GPL, en referencia a la sigla de ‘General Public License’ o Licencia Pública General. Su versión más actualizada es la GPLv3.
- La GNU LGPL: o GNU *Lesser General Public License* (Licencia Pública General Menor), la cual permite que, de utilizarse parte del código licenciado bajo la misma para una nueva obra, no sea necesario la liberación del código original. Se denomina a esta licencia como Licencia Pública General Menor, porque hace menos que la GPL ordinaria para proteger las libertades del usuario, y por ende ofrece menos ventajas.
- La GNU AGPL: o GNU *Affero General Public License*, destinada a garantizar la recepción que el código fuente del *software* corra sobre una red. La *Affero GPL* es

²⁶ Es un término que no tiene traducción al castellano, ya que es producto de un juego de palabras provenientes de la expresión ‘*copyright*’, cuya finalidad resulta en el ejercicio del derecho de autor en un sentido opuesto a su intención primaria, es decir, garantizar la libre distribución y modificación de las obras.

íntegramente una GNU GPL con una cláusula nueva que añade la obligación de distribuir el *software* si éste se ejecuta para ofrecer servicios a través de una red de ordenadores.²⁷

- La GNU FDL: o GNU *Free Documentation License* (Licencia de Documentación Libre de GNU) siendo ésta una modalidad del *Copyleft* destinada al uso en manuales, libros de texto u otros documentos que garantizan la libertad de copiar y distribuir, con o sin modificaciones sus contenidos, ya sea comercialmente o no.

2.4 Contrato de *Escrow* de Código Fuente

Fernández Delpech lo define como un contrato por el cual se designa a una tercera persona “depositario” que reviste las características de ser neutral e independiente, y a la cual el creador y titular del derecho de propiedad intelectual sobre el *software*, le entrega el código fuente de un programa de computación, con la finalidad que lo conserve en un lugar seguro y en determinadas circunstancias lo entregue a determinadas personas designadas en el contrato (2014, p. 423).

Es un contrato accesorio a otro contrato, generalmente de licencia de *software*. Este contrato principal puede realizarse simultáneamente al contrato de *escrow*, con anterioridad o con posterioridad.

Una de las disposiciones especiales de este tipo de contratos es que el depositario tiene la obligación de conservar en buen estado el material depositado y sólo puede liberarlo a favor de las personas indicadas contractualmente en los casos y según el procedimiento previsto en el contrato.

Dos son las modalidades que puede tener el contrato de *escrow* de código fuente:

- El contrato de dos partes: Esta destinado al productor o vendedor de programas que desea registrar a múltiples beneficiarios en los términos de su cuenta de *escrow*. Este acuerdo se firma entre el Licenciante/productor y el depositario sobre un determinado programa o código fuente. Con posterioridad el Licenciante (parte del contrato) entregará al depositario un listado completo de los beneficiarios de ese contrato de *escrow*, el cual se actualizará periódicamente.

²⁷ https://es.m.wikipedia.org/wiki/GNU_Affero_General_Public_License

- El contrato de tres partes: Se realiza entre el licenciante/productor, el licenciado y el depositario.

Las tres son partes iniciales del contrato (Fernández Delpech, 2014).

2.5 Desarrollo de *Software* a la medida.

Al ensayar una clasificación jurídica del *software*, se estableció en el capítulo primero que si atendemos como criterio de distinción lo relativo al grado de estandarización o uniformidad del *software*, podemos diferenciar el *software* estándar del hecho a la medida. Dijimos que el segundo es aquel producido específicamente contra pedido y para las necesidades concretas de un usuario o usuarios. Por ejemplo, un programa de computación realizado especialmente para un comercio, con el cual puedan llevarse a cabo las operaciones de compraventa, de facturación, de presupuestos, contener una base de datos de la clientela y de los proveedores, consultar *stocks* de mercadería, precios, etc.

En efecto, las causas por las que se pide un *software* de este tipo pueden ser varias. Entre ellas las mencionadas por Hess Araya (2007) a quién seguimos en este punto, pueden ser porque los programas disponibles en el mercado no satisfacen la necesidad particular de la empresa, o no pueden ser utilizados en el sistema informático de esa persona o empresa, o porque son inaccesibles debido a su elevado costo o porque no alcanzan los niveles de calidad pretendidos.

El desarrollo de un *software* a la medida, se caracteriza por ser claramente un contrato de obra, que generalmente conlleva una cesión de los derechos patrimoniales, pero en caso de no darse esta cesión, estaremos ante un contrato de licencia de uso o reproducción del *software*.

En cuanto a las principales obligaciones de las partes tendremos:

- Obligaciones del desarrollador:
 - a) Informar y asesorar al comitente sobre los requerimientos técnicos del *software* desarrollado: claramente nadie conoce mejor las especificaciones técnicas de la aplicación o aplicaciones que son objeto del convenio, que su creador. Por ende, a éste incumbe dar a conocer qué clase de plataforma de *hardware* y de *software* se requiere para la adecuada operación de su programa.

Este es, desde luego, una aplicación concreta del principio general de “informar, prevenir y aconsejar” que recae sobre la parte técnicamente más versada y que significa que el desarrollador está obligado a informar y advertir al cliente todo lo que sea posible en relación a la calidad, prestaciones, rendimiento, utilización, riesgos, ventajas y desventajas de aquello que va a adquirir.

- b) Instalación, pruebas, migración de datos y capacitación: si el *software* ha sido desarrollado a la medida, será necesario instalarlo en la computadora o computadoras del comitente y correr las pruebas preestablecidas. Además, probablemente se querrá trasladar los datos contenidos en la última al nuevo sistema. En ese mismo sentido, habrá que brindar al adquirente, un determinado nivel de capacitación en el funcionamiento de la aplicación cedida.
 - c) Entregar el código fuente y las especificaciones de diseño lógico y físico del *software*.
 - d) Otorgar garantía de buen funcionamiento: es irreal pretender garantizar un desempeño ciento por ciento libre de errores al momento de la entrega del *software*. Por ese motivo, es usual convenir que el desarrollador deberá brindar servicios de mantenimiento correctivo de la aplicación durante un período estipulado o hasta que la misma satisfaga la funcionalidad pactada.
 - e) Proteger los secretos industriales o comerciales a los cuales llegue a tener acceso durante la realización del trabajo (por ejemplo listas de clientes, planes de expansión, cantidad de empleados, etcétera.)
 - f) Garantizar al adquirente contra las reclamaciones de terceros en caso de infracción de sus derechos de propiedad intelectual.
- Obligaciones del comitente:
 - a) Pago del precio pactado en tiempo y forma.
 - b) Disponer de una plataforma de *hardware* y *software* apropiada para un sistema desarrollado, de lo contrario, exonerará al desarrollador contra reclamos por una posible incompatibilidad o bajo rendimiento de la aplicación.
 - c) Extender constancia de aceptación. Es importante establecer un momento en que se tiene por aceptado a satisfacción el producto, ya sea de manera expresa o tácita.

2.6 ASP. Arrendamiento en línea de aplicaciones.

Las contrataciones ASP constituyen una modalidad comercial muy novedosa y bastante actual, surgida de la mano del crecimiento de internet y del perfeccionamiento de las tecnologías telemáticas, por un lado, así como de la necesidad de las empresas de hacer un uso más eficiente de sus recursos, por otro.

El término ASP deriva del inglés *Application Service Provider* (Proveedor de Servicios de Aplicaciones). Hess Araya (2007) dice que la prestación objeto del contrato consiste en ofrecer el acceso por medio de la Internet (o de una red privada) a aplicaciones y servicios relacionados que de otro modo tendrían que residir en el equipo del arrendatario, es decir, el Proveedor de ASP es una empresa que ofrece la puesta a disposición y la administración de aplicaciones por medio de la red, a cambio de una tarifa calculada por unidad de tiempo, por el número de usuarios u otro parámetro similar.

En cuanto al funcionamiento de este sistema, el cual es bastante complejo, Juan Carrasco citado por Hess Araya (2007) nos explica. El ASP (empresa A) consiste en alojar, actualizar y mantener aplicaciones de escritorio de una empresa cliente (empresa B) desde un servidor o centro *hosting*, encontrándose las mismas a disposición de los usuarios, los cuales podrán conectarse remotamente desde cualquier computadora que se encuentre conectado a internet o a una red privada.

En este supuesto, se establece una relación a tres bandas, por un lado, entre la empresa desarrolladora del *software* y la empresa que presta el servicio ASP (A), y por otro, entre la empresa que presta el servicio ASP y la empresa usuaria o cliente (B), de modo que surge una relación indirecta entre la empresa desarrolladora del *software* y la empresa usuaria o cliente. Y es esta última relación la que debe quedar perfectamente reflejada en la Licencia de Uso ASP.

Debido a la complejidad de esta clase de acuerdos, es importante que el contrato respectivo clarifique diversos aspectos. Conviene detallar todo lo relativo a los equipos empleados (en lo que a su titularidad y obligaciones se refiere), los derechos de autor respectivos y el mantenimiento de las aplicaciones informáticas, ya fuere preventivo, correctivo o evolutivo.

Existen dos modalidades actualmente:

- En su concepto originario (y que es el que propiamente corresponde con un arrendamiento de *software* en línea), el ASP se ofrece como alternativa al licenciamiento tradicional de

aplicaciones, ya que es el proveedor y no los clientes quien obtiene las licencias y luego cobra a los segundos únicamente por el uso efectivo que se haga del *software* (ya sea por lapsos determinados o por la cantidad de usuarios). Esto se da, cuando a los usuarios no les resulta práctico la alternativa del licenciamiento, ya sea por su alto costo o del uso escaso que haga del programa en cuestión (por ejemplo una herramienta avanzada de diseño);

- Bajo la modalidad data center, el cliente adquiere las licencias respectivas del *software*, pero recurre al proveedor ASP para que las instale, corra y mantenga, reduciendo así sus costos administrativos.

Kenneth Walsh, citado por Hess Araya destaca que “la seguridad y la confiabilidad son probablemente las más importantes cualidades de desempeño de una ASP” (2007, p. 94).

Algunos analistas estiman que los servicios ASP son la solución para los clásicos problemas de defectos en los programas, debido a que las empresas productoras de *software* al mantener las aplicaciones en sus propios servidores, no tendrían que distribuir costosas actualizaciones en caso de que se requiera la rectificación de alguna deficiencia en el código. Adicionalmente, se elimina la cadena de intermediación para distribuir las aplicaciones, lo que disminuye los costos y se minimizan los problemas de piratería.

Finalmente, es importante tener claro que el modelo de contratación ASP en realidad es una síntesis de varios productos y servicios, incluyendo el *software*, la conectividad, el hospedaje web, el *hardware*, la integración de los sistemas, la supervisión de la red y de las aplicaciones, así como servicios ampliados de soporte y asistencia técnica (Hess Araya, 2007, p. 95).

2.7 Plataformas de Distribución Digital del *Software*.

Sin perjuicio de los tradicionales contratos ya descriptos, cabe también destacar ciertas evoluciones muy recientes, pero de gran importancia tanto jurídica como económica, para desarrolladores y usuarios en general como resultó ser el surgimiento de plataformas de distribución digital de *software*.

Federico Tjor (2014) nos cuenta que si bien las primeras referencias a este tipo de servicio remite a la década del ‘90 y se utilizaba mayormente para la administración de paquetes de *software* en distribuciones del sistema operativo Linux y similares, no es sino hasta el año 2008, cuando la empresa Apple lanza su llamado “*App Store*”, que dicho instrumento se vuelve masivo.

Su característica principal es la intermediación entre el programador y el usuario final, ofreciendo un entorno de distribución virtual, a través de internet, de *software*, diseñado específicamente para ser ejecutado, en este caso, sobre los equipos de celulares, tabletas, y derivados de la empresa creadora (e incompatibles con la competencia). Al programador le ofrece un sistema de desarrollo sobre el cual diseñar su oferta de modo natural con el ecosistema de *software* de la empresa, la posibilidad de llegar al mercado, la estructura de red y recursos para el alojamiento y distribución de su *software*, la gestión de cobranza, generación de estadísticas, y al usuario, permitiendo una analogía explicativa, un interminable *shopping* de *software* a fin de ampliar las funcionalidades de origen de su equipo conforme a su interés particular.

En contraprestación por el servicio provisto, además de un costo inicial de ingreso al sistema (para el desarrollador), se retiene un porcentaje de las cobranzas en concepto de comisión por ventas, que en el caso de Apple asciende al 30%.

Desde entonces, han surgido multiplicidad de alternativas, tanto para entornos móviles como de escritorio, propias de la empresa Google (con su Play Store), Amazon (Amazon AppStore), Microsoft, (Microsoft Store o Windows app), Blackberry (App World). Para comprender la importancia del mercado, solamente la tienda de Apple facturó en el año 2013, la friolera suma de diez mil millones de dólares (US\$ 10.000.000.000).

Lo interesante a nivel legal de dicha estructura resulta de las variaciones en las condiciones de contratación, pues aquí no se limita la tradicional relación programador-usuario, sino que intermedia un tercero, que no solamente (en el caso de Apple) pone a disposición de las partes su estructura, sino que va mucho más allá, estableciendo un contrato de licencia específico y homogéneo a los cientos de miles de programas ofrecidos, denominado “Acuerdo de Licencia de Usuario Final sobre Aplicación Licenciada” (*Licensed Application End User License Agreement*) y según el cual se establecen los parámetros de licencia para el usuario en su tienda virtual (en un tipo de contrato de características similares a los tradicionales EULA del *Software* Propietario) y, al mismo tiempo, fija las condiciones legales bajo las cuales los programadores deberán regirse a la hora de diseñar los programas a ser ofrecidos en su plataforma, denominado “Acuerdo de Licencia del Programa de Desarrollo de iOS” (*iOS Developer Program License Agreement*) en el caso de su sistema operativo móvil, reservando incluso el derecho de rechazar (situación que sucede a menudo) determinados programas conforme su propio criterio de selección.

II. Conclusiones

Hemos puesto fin a uno de los capítulos más importantes e interesantes de nuestro trabajo, ya que nos muestra otro aspecto relacionado con el *software*, ciertamente distinto a lo que veníamos viendo hasta el momento, no tan relacionado con su protección en sí misma, si bien, varios de los contratos que desarrollamos, en general contienen una serie de cláusulas que van dirigidas al resguardo de los derechos morales y patrimoniales de sus autores o titulares, en este caso, tratamos de ver y explicar cuáles son los contratos más utilizados para la comercialización y distribución de los programas de computación.

Hicimos una breve diferenciación entre los contratos electrónicos y los contratos informáticos, dejando en claro que no son lo mismo, sino que los contratos informáticos, pueden o no celebrarse y ejecutarse a través de medios electrónicos, pero esto no es lo que los define como tales, sino que lo importante para diferenciar un contrato informático es identificar el objeto del mismo, que deben ser expresamente, bienes (*hardware* o *software*) o servicios informáticos.

Una vez realizada esa distinción, analizamos cada uno de los contratos afines a la figura del *software*, destacando entre ellos a los más utilizados tradicionalmente, como son los contratos de licencia y de *escrow* de código fuente, el cuál generalmente es accesorio del anterior. En el contrato de licencia llevamos a cabo un extenso análisis del mismo, distinguiendo fundamentalmente entre las licencias del *software* libre por un lado, y del *software* propietario por el otro.

Finalmente, hicimos referencia a dos novedosos sistemas de contratación: 1) el de ASP, que promueven el arrendamiento de aplicaciones en línea, y 2) las plataformas distribución digital de *software*. Este último siendo uno de los más utilizados en la actualidad y uno de los que más dinero permite recaudar, año tras año, a los productores de *software*, debido al impresionante avance tecnológico que se ha producido en el campo de las computadoras, celulares, tabletas y televisores inteligentes.

CONCLUSIONES FINALES

Llegamos al final, habiendo analizado todos los ámbitos de protección de los programas de computación y podemos concluir que si bien la legislación de nuestro país ha ido avanzando en ese sentido, primero con la modificación introducida por la conocida Ley del *Software* N° 25.036 en el año 1998 a la ley de Propiedad Intelectual, luego con la modificación del Código Penal a través de la ley de Delitos Informáticos N° 26.388 y por último con la reglamentación para el depósito y registro de dichas obras tecnológicas en la Cámara de Empresas de Software y Servicios Informáticos, ente que a su vez coopera con la Dirección Nacional de Derechos de Autor, consideramos que dicho avance en la legislación es bastante lento y no se condice con la velocidad de los avances tecnológicos e informáticos, que siguen permitiendo la violación de los derechos intelectuales.

Si bien consideramos que este problema no se soluciona sólo con normas y legislación actualizada, ya que es muy importante y necesario el trabajo de los desarrolladores de *software* en este sentido, quienes son los encargados de generar sistemas más seguros e inviolables, como ha sido el caso de las nuevas plataformas de distribución digital de *software*, las cuales han permitido distribuir *software* legal con sus correspondientes licencias y en consecuencia han conseguido aprovechar económicamente sus obras intelectuales de manera exponencial en los últimos tiempos, ganando millones de dólares anuales, y permitiendo también con ello una distribución más justa de dichos ingresos, debido a que posibilita que cualquier programador, no sólo las grandes empresas, pueda hacer uso de esas plataformas, obteniendo posteriormente su correspondiente rédito económico.

Por otro lado, a modo de ejemplo de lo que venimos diciendo, es lo que sucede con el mundo de la música, que a través de los nuevos métodos para escuchar música en *streaming*, como es el caso de *Spotify*, de manera *on line* y con el previo consentimiento de los artistas, cualquiera puede acceder a través del pago de un canon mensual mínimo, o incluso de forma gratuita, aunque con algunas limitaciones, a escuchar todo tipo de música en cualquier momento y sin límites. Este nuevo sistema ha permitido generar nuevamente amplios ingresos a la industria de la música y sobre todo disminuir enormemente la piratería, tema que en los últimos años resultaba imposible de controlar.

Como vemos, en la actualidad las soluciones a la piratería informática provienen en mayor medida de las soluciones técnicas más que de la normativa legal. Pero creemos igualmente, que es necesario reforzar estas soluciones con más y mejor legislación. Pensamos que es necesario el

dictado de una nueva ley de Propiedad Intelectual que sea acorde a los momentos que vivimos y que aborde el tema de manera integral, no podemos seguir tratando de solucionar los nuevos problemas que se generan con una ley, que si bien como hemos visto, ha sido objeto de algunas actualizaciones, es del siglo pasado y tiene ya casi 90 años.

Por otro lado, también como parte de la solución, aunque no definitiva, consideramos que es necesario un mayor control por parte del Estado, empezando primero, por todas las dependencias públicas nacionales, provinciales y municipales, entes autárquicos y descentralizados, ya que muchas de ellas utilizan *software* ilegal y, además, las grandes empresas privadas deberían ser objeto de auditorías periódicas para efectuar dichos controles.

Por último, a modo de propuesta, nos parecería interesante, en una nueva ley de Propiedad Intelectual, posibilitar la entrega de licencias a los establecimientos de educación pública para la reproducción gratuita de los programas que se utilicen exclusivamente para la enseñanza.

LISTADO DE BIBLIOGRAFÍA

1. Doctrina

- CORREA, Carlos M. (1994) “*Derecho Informático*”. Buenos Aires. Argentina. Ed. Depalma. Primera reimpresión
- EMERY, Miguel Ángel (1999) “*Propiedad Intelectual Ley 11.723*”. Buenos Aires. Argentina. Ed. Astrea
- FARINELLA, Favio (2006) “A propósito del Fallo Microsoft: las consecuencias del uso ilícito de software”. [Versión electrónica] Microjuris.com
- FERNANDEZ DELPECH, Horacio (2000) “*La Protección Jurídica del Software*”. Buenos Aires, Argentina Ed. Abeledo-Perrot.
- FERNANDEZ DELPECH, Horacio (2011) “*Manual de los Derechos de Autor*”. Buenos Aires. Argentina. Ed. Heliasta.
- FERNANDEZ DELPECH, Horacio (2012) “Elementos de un Sitio Web. Contenidos. Propiedad Intelectual”. <http://www.hfernandezdelpech.com.ar>
- FERNANDEZ DELPECH, Horacio (2014) “*Manual de Derecho Informático*”. Buenos Aires. Argentina. Ed. Abeledo-Perrot.
- HESS ARAYA, Christian (2007). “*La Dimensión Jurídica del Software*”. San José, Costa Rica, 1º edición electrónica.
- JUANES, Norma (2012) “La comercialización de programas de computación o software” *Revista de Derecho Privado y Comunitario*
- LANGENAUER, Inés B. (1998) “La obra de software está amparada en la ley de propiedad intelectual N° 11.723 – Nota a Fallo”. [Versión electrónica]. Microjuris.com
- TANTALEÁN ODAR, Reynaldo Mario. “El software y el dilema de su protección jurídica” *Revista Jurídica Cajamarca*. Recuperado de <http://www.ceif.galeon.com/REVISTA3/proteccion.htm>
- TJOR, Federico M (2014) “El software en el derecho argentino”. [Versión electrónica] Microjuris.com

2. Legislación

- Decreto 165/94.
- Ley N° 11.723 modificada por ley N° 25.036 del Régimen Legal de la Propiedad Intelectual.
- Decreto N° 41.233/1934 Reglamentario de la ley N° 11.723
- Constitución Nacional Argentina.
- Código Penal Argentino.
- Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
- Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas de 1886.
- Convención Universal sobre Derechos de Autor de 1952.
- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC o TRIPs en inglés) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de 1994.
- Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sobre Derechos de Autor de 1996.

3. Jurisprudencia

CNCiv. Capital Federal Sala D. “A.G.I. S.A. c/Kaiser Alberto Jorge y otros s/medidas precautorias”. (Sentencia de fecha 23 de Diciembre de 1987).

Cámara de Casación Penal, Sala I “Pellicori, Oscar A. y otros s/Denuncia por Defraudación” (Sentencia de fecha 19 de Julio de 1995).

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil –Sala G-. “Microsoft Corporation c/Anselmi Gerencia de Riesgos S.A. s/Daños y Perjuicios”. (Sentencia de fecha 28 de Abril de 2006).

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza –Sala segunda- “Microsoft Corporation c/Samaco S.A. s/Daños y Perjuicios”. (Sentencia de fecha 04 de Marzo de 2015).

Cámara Nacional Civil y Comercial, sala D, “Guía Práctica del Exportador e Importador S.R.L. c/ Empresa I.A.R.A. y otro” (Sentencia de fecha 30 de Abril de 1974).

Cámara Nacional Civil, Sala K, “Torbey, Salid H c/Telecom Personal S.A.” (Sentencia de fecha 19 de Septiembre de 2009)

Cámara Nacional Civil, Sala c, “Pantano Juan c/Jockey Club de Buenos Aires” (Sentencia de fecha 19 de Abril de 1974)

Cámara Nacional Civil, Sala C, “Cresseri, Artidorio Suc c/SADAIC” (Sentencia de fecha 19 de Septiembre de 1978)

Cámara Nacional Comercial, Sala A, “Cresta Norberto c/ Galería de arte de Santi y de Santi Hector s/Ordinario” (Sentencia de fecha 25 de Octubre de 2007)

Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 2 “C., C.F. s/inf. Ley 11.723 y 22.362” (Sentencia de fecha 25 de Abril de 2000)

Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal N° 12, Secretaría N° 24 “Gornstein, Marcelo Hernán y otros s/delito de acción pública” (Sentencia de fecha 20 de Marzo de 2002)

Cámara Nacional Casación Penal, Sala II, “Blaustein, David s/Recurso de Casación” (Sentencia de fecha 23 de Mayo de 2001)

Suprema Corte de Mendoza, Sala 1ª, “Sistex S.A. c. Valerio Oliva S.A.C.I.A. s/Sumario” (Sentencia de fecha 5 de Febrero de 1990)

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista (apellido/s y nombre/s completos)	FERNÁNDEZ ALEJANDRO MATÍAS
DNI (del autor-tesista)	30.584.431
Título y subtítulo (completos de la Tesis)	EL SOFTWARE Protección legal en la Argentina y formas contractuales afines
Correo electrónico (del autor-tesista)	aletombas@hotmail.com
Unidad Académica (donde se presentó la obra)	Universidad Siglo 21
Datos de edición: Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis (Marcar SI/NO)[1]	SI
Publicación parcial (Informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: Mendoza, 10 de Mayo de 2016

.....

Firma autor-tesista

.....

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:.....certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

.....

Firma Autoridad

.....

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.