

El software y su protección jurídica

Por: Romina P. Capomasi

Con el desarrollo informático surge la problemática de incluir o no al software dentro de las leyes de derecho de autor. En nuestro país se regula este derecho en el año 1933 mediante ley 11.723, pero recién en 1998 por ley 25.036 se modifica aquella a fin de incorporar al software y darle así mayor protección jurídica.

Se denomina software al conjunto de programas de computación, el data, que sin formar parte de una computadora se utiliza cuando se opera en él. Es decir que son instrucciones electrónicas que van a indicar al ordenador que es lo que tiene que hacer.

Romeo Casabonaⁱ lo define como un conjunto de instrucciones que cuando se incorporan a un soporte legible por máquina, puede hacer que una máquina con capacidad para el tratamiento de información indique, realice o consiga una función, tarea o resultado determinado.

El elemento básico del Software es el algoritmo, procedimiento de cálculo constituido por una secuencia de operaciones que pueden ser numéricas o lógicas; pero más que una secuencia de operaciones, constituye una secuencia de instrucciones u órdenes que se dan al computador, que incluyen indicaciones sobre los lugares donde están almacenados los datos, que pueden estar escritos en un papel, denominado organigrama o flowchat, y que es una creación del intelecto humanoⁱⁱ.

Ese mismo carácter le ha atribuido al programa un lenguaje en el que se transforma el organigrama al ser escrito en algún lenguaje de programa evolucionado como el COBOL, FORTRAM, BASIC, etc. Programa que es legible por el hombreⁱⁱⁱ.

Ahora bien dichos programas son vulnerables de una reproducción no autorizada por sus autores lo que se denomina "piratería informática", término aceptado por la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia^{iv}, tanto nacional como extranjera.

Dichos programas pueden reproducirse fácilmente y a muy bajo costo en relación con los originales creándose de este modo un mercado negro de software ilegítimo. Se puede denominar a dicha reproducción ilegítima piratería informática. En realidad no es más que un delito contra la propiedad, caracterizado por el lugar de comisión, ya que los delitos informáticos no existen sino que se trata de delitos clásicos, en los que no varía en gran medida su naturaleza por el hecho de que para perpetrarlos se haga uso de moderna tecnología relacionada con la informática siendo un delito realizado mediante medios informáticos-

Esta piratería informática, no es más que una defraudación a los derechos de propiedad intelectual, que consiste en la reproducción no autorizada de software. Su protección se encuentra legislada en la ley 25.036 (1998), que por razones obvias no se encontraba en el proyecto original del diputado Roberto Noble.

Siguiendo a Delia Lipszyc^v el derecho de autor es la denominación que recibe la materia, en sentido subjetivo, alude a las facultades de que goza el autor en relación

con la obra que tiene originalidad o individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección dispensada.

En los países de tradición jurídica angloamericana (common law) el derecho de autor se denomina copyright, literalmente derecho de copia, expresión que alude a la actividad de explotación de la obra por medio de su reproducción.

En tanto que en los de tradición jurídica continental europea (basada en el derecho romano) se tiene una concepción marcadamente personalista de la materia, se ha acuñado la expresión droit d'auteur (derecho de autor) que alude al sujeto del derecho, al creador, y, en su conjunto, a las facultades que se le reconocen.

Estas facultades son por un lado de carácter personal, extrapatrimonial y de duración, en principio, ilimitadas (derecho moral) y, por el otro, de carácter patrimonial, de duración limitada. En los países de tradición jurídica latina, además de la expresión derecho de autor, también se utilizan las denominaciones propiedad literaria, artística y propiedad intelectual.

El derecho de autor protege a toda obra intelectual, para lo cual ésta debe ser creativa, original, significativa e individual. La protección de derecho de autor abarca la expresión de las ideas, pero no las ideas en sí. Tampoco están protegidos los procedimientos, métodos de operación y conceptos matemáticos en si mismos.

El art.1º reformado por la ley nº 25.036 establece que: *... 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; coreografías y pantomimitas, las obras de dibujo, pintura escultura, arquitectura, modelos, y obras de arte o ciencias 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.*

Según el artículo 4º de la ley reformada de derecho de autor los sujetos titulares de la propiedad intelectual son: a) el autor de la obra, b) sus herederos o derecho habientes, 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 cuyo dependientes contratados para elaborar un programa en computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.

De este modo son titulares originarios el autor de la obra y los que con permiso del autor la traducen, refunden, adaptan, modifican o transportan sobre la nueva obra intelectual resultante y por el otro son autores derivados: sus herederos o derechohabientes contratados para elaborar un programa de compilación hubiesen producido un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.

En lo atinente a su contenido, el derecho de autor tiene dos aspectos esenciales: uno moral y otro patrimonial. Con respecto al primero tiene las características de ser perpetuo, imprescriptible e irrenunciable. Dentro de este aspecto tenemos al derecho de paternidad (art.52 ley 11.723), derecho a la integridad (art.52 ley 11.723), derecho a la divulgación y al inédito y derecho al anónimo y al seudónimo y derecho de retracto. En tanto que el aspecto patrimonial es temporal, transferible y renunciante (art.2º ley 11.723). Entre ellos se destacan: derecho a la reproducción, derecho a la comunicación pública (art.36 ley 11.723) y derecho a la transformación (deriva del art. 2º de la misma ley).

La cuestión ha sido recepcionada internacionalmente en el Convenio de Berna y por el otro la Convención Universal de Ginebra. El primero de 1886, con sucesivas revisiones hasta el acta de París de 1971, del que la República es parte.

Se trata de una reunión de países para la protección de los autores sobre sus obras literarias y los principios de protección son el trato nacional, independencia de la protección, protección mínima (con reconocimiento de derecho patrimonial y moral, obras protegidas, plazo de protección, duración de los derechos) y ausencia de formalidades.

El origen de este Convenio lo encontramos en 1878, que a instancias de la Sociéte des Gens de Lettres, se celebró en París un Congreso literario internacional presidido por Victor Hugo ; en su transcurso se constituyó la Asociación Literaria Internacional que, en 1884, se abrió también a los artistas e incluyó en su nombre la palabra artística y desde entonces es conocida por su sigla ALAI.

Durante el Congreso de la ALAI en Roma en 1882, tres de sus miembros (Lermina, primer secretario general de la Asociación, Schmidt de la asociación alemana de editores, y Baetzmann, delegado noruego) propusieron la creación de una Unión de la Propiedad Literaria, similar a la que se había creado en el caso de Unión Postal Internacional. La proposición fue inmediatamente adoptada por unanimidad, pues aunaba los intereses de los autores y los compositores, de los editores de libros y de obras musicales.

Pero esa Unión no se concretó en Francia (donde nació la ALAI) ni en Italia (donde nació la idea) sino en Suiza, donde tuvo lugar el siguiente congreso. En diciembre de 1883, cuando a pedido de la ALAI, el Consejo federal suizo dirigió una circular a *todas las naciones civilizadas* sometiéndoles la idea de una conferencia diplomática para la constitución de la Unión propuesta por la Asociación. Las respuestas favorables no tardaron en llegar y el gobierno de la Confederación suiza convocó a una conferencia diplomática en Berna en septiembre de 1884 con el objeto de elaborar el primer proyecto formal a nivel gubernamental de una convención internacional multilateral sobre derecho de autor.

Ese proyecto fue la base del documento de dieciocho artículos, una disposición transitoria y un protocolo final, que el gobierno helvético propuso como programa de la Conferencia a la que asistieron delegados de Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Haití, Italia, Países Bajos, Suecia, Noruega y el país anfitrión.

Ante la acogida favorable por parte de los gobiernos y el suizo convocó a una segunda conferencia diplomática en Berna en septiembre de 1885 para la elaboración de un proyecto definitivo. Asistieron delegados de Alemania, Argentina, Bélgica,

España, Estados Unidos de América, Francia, Haití, Honduras, Italia, Países Bajos, Paraguay, Reino Unido, Suecia, Noruega, Suiza y Túnez.

La conferencia se limitó a hacer algunas enmiendas al proyecto de 1884 sin modificar en forma sustancial los criterios adoptados en él, y así quedó preparado el proyecto definitivo del Acta originaria del Convenio de Berna. En septiembre 6 de 1886 se reunió en Berna la tercera Conferencia Diplomática que había sido convocada en noviembre del año anterior. Asistieron delegados de Alemania, Bélgica, España, Francia, Haití, Italia, Liberia, Reino Unido, Suiza y Túnez, y observadores de Estados de América y Japón. Luego de tres días se concluyó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, constituido por veintiún artículos y sus anexos: el artículo adicional y el protocolo final (Protocole de clôtüre) que consta de siete artículos.

El texto originario contiene la estructura básica del Convenio y está precedido por un Preámbulo en el cual se subraya el objetivo del mismo: *proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de autores sobre sus obras literarias y artísticas*. Entró en vigor el 5 de diciembre del siguiente año, con las ratificaciones de nueve de los diez países que lo habían suscripto, en tanto la ratificación del Reino Unido de la Gran Bretaña se extendió a Sudáfrica, Australia, Cànada, India y Nueva Zelanda, países que a la sazón formaban parte del Imperio. También lo hicieron el principado de Mónaco (1889), Montenegro (1893), Dinamarca (1903), Japón (1889), Luxemburgo (1888), Noruega (1896). Suecia (1904) y Liberia (1908).

En tanto que la extensión que Alemania, Bélgica, España, Francia y el Reino Unido hicieron a sus posesiones coloniales, amplió considerablemente el ámbito de vigencia espacial del convenio. Por su parte Haití, Liberia y Montenegro denunciaron el convenio; por lo que les fue aplicable a Haití entre 1887/1943, a Liberia entre 1908/1930 y a Montenegro entre 1893/1900.

En tanto que la Convención Universal de Ginebra, creada en 1952 y revisada en París en 1971, se realizó para incorporar a los países que no estaban en convenios internacionales, por lo que la relación que tiene con el resto de las convenciones es complementaria. Estableció que desde la primer publicación las obras debían llevar el símbolo acompañado del nombre del titular de los derechos de autor y la indicación del año de la primer publicación, igualmente esto no impide establecer formalidades para las obras nacionales.

Se originó en el propósito de unificar y extender la protección dispensada por el Convenio de Berna y por las convenciones interamericanas en sus respectivas áreas de influencia: los países europeos y sus colonias, por un lado, y las repúblicas del continente americano por el otro. En tanto el convenio de Berna era considerado un tratado esencialmente europeo destinado a la protección de las obras entre europeos y con algunas excepciones como las de Haití, Brasil y Canadá, no lograba extenderse al continente americano; por su parte, las convenciones del sistema interamericano (con excepción en cierta medida del Tratado de Montevideo) por un lado estaban cerradas a la adhesión de países extra continentales, y por el otro, tampoco lograban integrar satisfactoriamente a los países americanos, al punto que hasta la década de 1951, Argentina y Chile, países con fuerte actividad editorial, no habían ratificado la Convención de Buenos Aires firmada en 1910.

En la Convención Universal se siguió el mismo modelo que en el Convenio de Berna: Adopta los principios de trato nacional y de la protección mínima, aunque esta última está mucho menos desarrollada que en Berna; lo cual se extiende por el propósito de atraer el mayor número posible de adherentes y facilitar su aceptación por parte de los países que consideraban demasiado elevado el nivel de protección acordado por Berna; de modo que la protección en virtud de la Convención Universal estriba en el trato nacional en una medida considerablemente mayor que en el primero de los convenios.

Su texto también está precedido de un preámbulo que expresa su objetivo: *asegurar en todos los países la protección del derecho de autor sobre las obras literarias y científicas y artísticas, mediante un régimen adecuado a todas las naciones que se una a los sistemas internacionales vigentes sin afectarlos, con la finalidad de asegurar el respeto de los derechos de la personalidad humana y favorecer el derecho de las letras, las ciencias y las artes y la difusión de las obras del espíritu.*

Cabe destacar que el artículo 2.4 del Convenio de Berna refiere *que las obras gozarán de protección en todos los países de la Unión, beneficiará al autor y sus derecho habientes, en tanto que su artículo 1º sostiene que: Los Estados contratantes se comprometen a tomar todas las disposiciones necesarias para asegurar una protección eficiente y eficaz de los derechos de los autores de cualquier otro titular de los mismos derechos sobre las obras literarias, científicas, artísticas, tales como los escritos, las obras musicales, dramáticas, cinematográficas, obras de pintura, grabados y escultura. Los programas son obras literarias en el sentido que, a esa expresión dan las convenciones internacionales citadas, pudiendo clasificarse en la categoría de "escritos" o " otros escritos" previstos en las listas ejemplificadas de las obras prolongadas en los arts. 1º y 2º de los respectivos tratados.*

El Convenio que establece la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, suscrito en Estocolmo en 1967, entró en vigencia en 1970. Sus orígenes se remontan a los años 1883 y 1886, en cuyo transcurso se adoptaron, respectivamente, el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial y el Convenio de Berna para la protección de la Obras Literarias y Artísticas. Ambos convenios establecían la creación de una Secretaría llamada Oficina Internacional.

En 1974 adquirió el estatuto de organismo especializado de las Naciones Unidas. Su finalidad es preservar y aumentar el respeto hacia la propiedad intelectual en todo el mundo y fomentar el desarrollo industrial y cultural, estimulando la actividad creadora y la transferencia de tecnología. La Organización divulga información y mantiene registros internacionales y otras formas de cooperación administrativa entre sus 175 Estados Miembros, además de asegurar la cooperación administrativa entre las diferentes uniones establecidas para proteger los derechos de propiedad intelectual.

Las principales Uniones con tal fin son:

- La Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (Unión de París)
- La Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Unión de Berna)

La propiedad intelectual abarca dos campos:

- La propiedad industrial: relacionada con inventos y otras patentes sobre inventos, marcas registradas, diseños y nombres por mencionar algunos
- Los derechos de autor de obras literarias, musicales y artísticas, películas, actuaciones, interpretaciones y fonogramas

La OMPI administra quince tratados internacionales sobre propiedad industrial y 6 relacionados con derechos de autor. Cuenta para ello con tres órganos rectores que establecen cada dos años el programa y el presupuesto de la organización:

- **Asamblea General:** está integrada por los Estados miembros de la OMPI que a su vez son miembros de la Unión de París o la Unión de Berna. Estos miembros se reúnen cada dos años
- **Conferencia:** también está integrada por todos los Estados miembros y se reúne cada dos años
- **Comité de coordinación:** está integrado por 72 miembros que se reúnen anualmente

La OMPI cuenta con 765 funcionarios y su presupuesto para 2000-2001 fue de cuarenta y ocho millones de dólares. En cuanto al fomento de la protección de la propiedad intelectual en todo el mundo, la OMPI favorece la conclusión de nuevos tratados internacionales y la modernización de las legislaciones nacionales; presta asistencia técnica a los países en desarrollo; reúne y difunde información; mantiene servicios destinados a facilitar la obtención de protección para las invenciones, marcas y dibujos industriales cuando se la desea obtener en varios países, y promueve la cooperación administrativa entre los Estados miembros. Respecto de la cooperación administrativa entre las Uniones, la OMPI centraliza la administración de las Uniones en la Oficina Internacional, que es la Secretaría de la OMPI, y supervisa esa administración por medio de sus diversos órganos. Comparte la administración de la Convención de Roma sobre derechos conexos con la UNESCO y con la OIT.

En lo atinente a la protección jurídica del Software, dispuso que el programa de computación es un conjunto apropiadamente elaborado de instrucciones capaces de dirigir a las máquinas de manejo automático de información, para que realicen alguna función, de un modo específico y además que es una expresión de un conjunto de instrucciones en cualquier lenguaje o anotación en cualquier medio (magnético, óptico, eléctrico, en papel o en cinta, discos, chips, ROM) aptos para lograr que una computadora o un robot realice un trabajo o ejecute una función específica). Por otro lado debido a la inmaterialidad de las expresiones protegidas por la propiedad intelectual son adecuadas para la distribución en internet, de este modo el programa digital de la OMPI, con el objeto de tener legislaciones uniformes, ha establecido determinadas cuestiones básicas y de indispensable tratamiento para responder a los problemas planteados por la tecnología digital y en particular por Internet. Los temas son:

1. Derechos aplicables para el almacenamiento de obras y objetos de derechos conexos en sistemas digitales.
2. Limitaciones y excepciones a los derechos en entorno digital.
3. Medidas tecnológicas de la protección y la información sobre la administración de derechos.
4. Transmisión de obras y objetos de derechos conexos en redes digitales.

Estableció además que el derecho de reproducción tal como se establece en el art.9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital.

Situación en Argentina antes de la ley 25.036

Con la aparición del fenómeno informático se empieza a discutir a nivel mundial de incluir al software dentro de las leyes de derecho de autor o darle un marco sui generis. La mayoría de los países lo ha hecho por la primera opción.

Antes de la citada ley los primeros casos judiciales ocurren, en Argentina, a partir de 1988. La mayoría de los fallos sostuvieron que el software se protegía por el derecho de autor, pero como no estaba tipificado, no constituía delito. En enero de 1994, el Poder Ejecutivo, mediante decreto 165/94 reglamentó lo relativo a la protección y registración de las obras de software y de bases de datos.

En tanto que, en abril 15 de 1994, la República suscribió en Marrakesh, el acta final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay del GATT sobre Negociaciones Comerciales Multilaterales; las Decisiones, Declaraciones y Entendimientos Ministeriales y el acuerdo de Marrakesh por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus cuatro anexos. Uno de esos anexos es el "Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio"; abreviado generalmente como ADPIC o Acuerdo TRIP´S (correspondiente al uso en idioma Inglés). Este acuerdo surge como culminación de las negociaciones de la Ronda Uruguay que constituye la normativa más amplia que hasta la fecha se haya suscripto en materia de derechos intelectuales. Acuerdos que fueron preparados bajo los auspicios de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual luego de divulgados por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (1996).

Este acuerdo es hoy en día el conjunto más representativo de las normas sobre la propiedad intelectual, compiladas en forma coherente en un instrumento que forma parte de un universo de disposiciones sobre el comercio mundial, disposiciones estas vinculadas con otras medidas comerciales que forman parte de las disposiciones del comercio internacional bajo la tutela de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que autoriza precisamente medidas de retorsión comercial contra aquellos países, que en el caso de la propiedad intelectual no se conforman a los estándares de protección establecido por el acuerdo.

Trata de que cada una de las principales categorías de derecho de propiedad intelectual, establece normas de protección y reglas que fijan el mecanismo de solución de controversias de la OMC para resolver los litigios entre los Estados miembros. Este acuerdo, incluido el comercio de mercancías falsificadas consta de derechos de autor y derechos conexos, en sus arts. 9 a 14.

En 1995, el Congreso Federal ratificó el acuerdo trip`s por ley 24.425. Pero la mayoría de las normas del Acuerdo no son de carácter operativo, sino que requieren su implementación a través de leyes internas, incluyendo asimismo el Acuerdo a un plazo de transición para los países de desarrollo.

El art.10, primer párrafo del acuerdo Trip´s establece que *los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto serán protegidos como obras literarias en virtud del convenio de Berna. Al otorgar mayor protección que la que establece el Convenio de Berna, estas normas del Acuerdo recibieron el nombre de Berna Plus.* Por otro lado el art.41.1 determina como obligaciones para los miembros del acuerdo *que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo, con inclusión de recursos ágiles para prevenir las infracciones y de recursos que constituyan un medio eficaz de disuasión de nuevas infracciones.*

La regulación de este aspecto del tratado tuvo lugar en el año 1998, mediante ley 25.036(B.O 11/11/98)^{vi}.

Ley 25.036

El 11 de noviembre de 1998 fué publicada en el B.O la ley 25.036 . El Congreso la había sancionado el 14 de Octubre de 1998, mediante un proyecto de ley que incluye en la ley 11.723 a los programas de computación y a las compilaciones de datos.

La reforma optó por reproducir el art. 1º de la ley 11.723 con algunos agregados incluyendo como a los programas de computación y a las compilaciones de datos refiriendo así a: *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; coreografías y pantomimitas, las obras de dibujo, pintura escultura , arquitectura, modelos, y obras de arte o ciencias 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.*

Por su parte al art.4º de la ley introdujo el inciso d. que refiere *a las personas físicas o jurídicas cuyos dependientes contratados para elaborar un programa de computación en el desempeño de sus funciones laborales, salvo estipulación en contrario.*

Además en el art.9 se agrega un segundo párrafo referente *a quien haya recibido de los autores o sus derecho habientes de un programa de computación una licencia para usarlo, podrá producir una única copia de salvaguardia de los ejemplares del mismo. Dicha copia deberá estar debidamente identificada, con identificación del licenciado que realizó la copia y la fecha de la misma. La copia de salvaguardia no podrá ser utilizada para otra finalidad que la de reemplazar el ejemplar original del programa de computación licenciado si ese original se pierde o deviene inútil para su utilización.*

Incorpora además a la ley 11.723 un nuevo art. El 55 bis, que prevé toda modalidad de enajenación o cesión de la obra y aplicación mediante el art. 12, que

remite al derecho común, las partes pueden elegir la modalidad contractual que deseen. Por otro lado el agregado al art. 57 pareciera que tiene por objeto dar apoyatura al cuestionado decreto 165/94 en lo referente al depósito de las obras de software^{vii}. De esta manera se soluciona el problema que suscitaba con la posible interpretación del art.72 de la ley de propiedad intelectual.

De este modo introdujo las siguientes modificaciones:

1. Incluye en el art.1º de la ley 11.723 a los programas de computación y a las compilaciones de datos.
2. Permite una seguridad de copia para backup.
3. Tipifica realizar contratos de licencia de software.
4. Para registrar un programa de computación, basta con depositar lo que determine la reglamentación.
5. A partir de la vigencia de esta ley, reproducir programas de computación u obras de bases de datos será delito penal con prisión de uno a seis años⁹.

La jurisprudencia anterior a la ley, tenía dicho en el caso "Fernández, Delia Noemí"^{viii} del Tribunal Oral número 18 que: el decreto 165/94, lejos de declarar el campo punitivo ha contribuido a oscurecerlo, pues con la intención de precisar el marco legal para las diferentes expresiones de las obras de software y base de datos, así como de sus diversos medios de reproducción y su artículo aclarando qué se entiende por obras de software incluidas en la ley 11.723 da lugar a dos interpretaciones: que ante esas obras no estaban incluidas, pretendiendo hacerlo por medio de un decreto o que existía la necesidad de un marco legal más preciso.

En disidencia la Dra. Patricia Llerena sostuvo que: la ley 11.723 no fijó en forma expresa cuáles son las condiciones que se requieren para que una obra sea susceptible de protección, pero la finalidad de ella es otorgar una protección amplia y comprensiva no sólo a las reproducciones científicas, literarias o artísticas, sino también a toda aquella producción del intelecto que posea características propias, siendo el concepto de arte al que se hace mención en la ley más general.

También agregó "...los programas de ordenador son consecuencia de una gran carga de intelectualidad y una dosis de ingenio que producen obras creativas, originales, que sobre un soporte determinado son capaces de realizar tareas cuya finalidad básica es el manejo de información..." y que "...las disposiciones del decreto 165/94 tienen un contenido reglamentario del art.1º de la ley 11.723 y en nada han modificado esta última".

El Tribunal Oral N°20 en el caso "Velásquez, Sara B."^{ix}. Aplicó al tipo penal del art.72 inc.a) de la ley 11.723 el concepto de fraude entendiendo que no cualquier reproducción configura el delito sino aquellas que trascienden la esfera de privacidad que nuestra Carta Magna reconoce en el art. 19. Entendió que para determinar si se da o no un delito contra la propiedad intelectual, es necesario que las producciones en pugna se difundan material e ideológicamente, por lo tanto, si por los soportes flexibles secuestrados no se encontraban expuestos para su venta al público sino en el sótano del local donde se preparaban los ordenadores, puede considerarse que la existencia de dichos diskettes podía obedecer tanto al cumplimiento de tareas propias del negocio como para su ofrecimiento a los posibles compradores.

En 1997, dos sentencias de la Cámara Criminal y Correccional^x se refirieron a la problemática de la protección penal de los programas de computación. Un fallo de la sala I, constituye la primera sentencia condenatoria en materia ilegítima del software. El segundo caso, fallado por la sala IV se trató del primer fallo que abordó el tema de la vigencia de las normas del GATT sobre propiedad intelectual, en especial aquellas relativas a los programas de computación. La desición se limitó a establecer que no resultaba aplicable el tratado en tanto el mismo no ha sido aún reglamentado. Agrega asimismo que el software no se halla incluido dentro del enunciado ejemplificativo de la ley 11.723 de derecho de autor.

Además entendió que el programa de computación es un conjunto de secuencias para el logro de un resultado y no un fin en sí mismo, necesitando de la interacción del usuario. Agrega que la originalidad del software es difícil de establecer, dado que en general se trata de modificaciones y adecuaciones de programas anteriores y que no persigue una búsqueda estética ya que está destinado a servir una máquina. Concluye diciendo que la interpretación de normas penales prohíbe la aplicación por analogía.

En disidencia el Dr. Navarro sostuvo que los programas de computación están protegidos por la ley 11.723. Pero, votó por la aplicación in dubio pro reo en razón de no haberse demostrado que los programas eran originales.

Caso "Autodesck s/rec. de casación" : El 19 de Julio de 1995 la Cámara de Casación Penal^{xi} sostuvo que el software por sus características no era obra intelectual y que por tanto no merecía la protección penal que brinda la ley 11.723 a las obras intelectuales. Por medio del recurso de casación se plantearon dos cuestiones de fondo. La primera relativa a la existencia de una ley penal en blanco en el art.72 de la ley 11.723. La segunda referente a la naturaleza jurídica del software y la posibilidad de darle protección bajo la ley de derecho de autor por ser una obra intelectual. La Cámara entendió en primer término que tanto la sanción penal como la conducta se encuentran previstas en la norma, lo que satisface el principio de legalidad que exige el art. 18 de la Constitución Nacional. En cuanto a la categoría jurídica de la obra de software, la sentencia realiza una gran variedad de consideraciones, y concluye la inaplicabilidad de la ley de derecho de autor al programa de computación. Los argumentos que utiliza el fallo son una repetición de las razones que con anterioridad se han esbozado para intentar sustraer al software del ámbito del derecho de autor. Contra esa decisión la querrela interpuso Recurso Extraordinario Federal.

La Corte Suprema, al resolver el caso, en su fallo mayoritario (integrado por los Dres. Eduardo Moliné O´Connor, Augusto Belluscio, Gustavo A.Bossert, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez y Guillermo F. López , el Dr. Petracchi votó por separado con sus propios fundamentos) en la causa "Recurso de hecho deducido por Autodesk Inc. en la causa Pellicori, Oscar A. y otros s/denuncia por defraudación", no trató el principal agravio de la querrela y desestimó los otros dos argumentos. Primero sostuvo que el agravio principal de la demandada, referente a la alegación que el software constituye una obra intelectual y por lo tanto está amparado por la ley 11.723 de derecho de autor, constituía una cuestión de Derecho común, propia de los jueces de la causa, que excedía el límite de su jurisdicción extraordinaria.

La Corte trató los demás agravios referidos a la afectación del derecho de propiedad consagrado en tratados internacionales. Al respecto sostuvo que la protección que otorgan las Convenciones de Berna y de Ginebra no implican para nuestro país la

obligación de proteger penalmente las obras intelectuales, basándose de este modo en el principio de buena fe para la interpretación de los tratados internacionales (art.31 y 32 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados del año 1969) y respecto de su operatividad recordó lo decidido en el caso "Ekmekdjian" donde había dicho que una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el congreso. Sostuvo además que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución Nacional exige que la conducta y la sanción se encuentren previstas con anterioridad al hecho, por una ley en sentido estricto y resulta competencia exclusiva del Poder Legislativo la determinación de cuales son los intereses que deben ser protegidos mediante amenaza penal del ataque que presentan determinadas acciones". Concluyendo en que los tratados en cuestión no pueden consagrar por sí mismos sin ley alguna que los implemente, una tipicidad penal.

Por último, refiriéndose a los Acuerdos Trip´s la Corte dijo que no podía aplicarse retroactivamente a los hechos del caso, que habían ocurrido con anterioridad a su aprobación por la ley argentina.

Por último resulta de suma importancia resaltar los fundamentos dados por el Dr. Petracci quien sostuvo: *que el a quo consideró que no era posible asignar al art. 72 de la ley 11.723 el carácter de la ley penal en blanco y que, en consecuencia el decreto 165/94 del PEN carecía de toda influencia en la protección penal de las obras intelectuales a que refiere, sin perjuicio del valor que pudiera asignársele respecto de su registración o respecto de su resguardo en ámbitos ajenos al derecho penal". También entendió que "el software es una obra sui géneris, y por lo tanto no se puede incluir en el tipo penal a estudio, a riesgo de violar el principio nullum crimen nula poena sine lege que en su representación el recurrente sostiene -con base en la doctrina y en ciertos instrumentos que obligan al estado argentino- que el giro obras científicas, literarias y artísticas utilizado en el art.1º de la ley 11.723 incluye lo que el apelante denomina obras software.*

NOTAS.

ⁱ ROMEO CASABONA, C.M. - *Poder Informático y seguridad jurídica*. Pág. 147. Madrid. 1987.}

ⁱⁱ BATTO, H. N. - Protección jurídica de software. En: *Revista de Derecho Industrial*. Nro. 28/30.- Página 221.

ⁱⁱⁱ SAEZ CAPEL, J. - *Informática y delito*. 2ª edición, Pág. 79. Buenos Aires, 2001.

^{iv} SAEZ CAPEL, J. - *Obra citada*. Pág. 70.

^v LIPSZYC, D. - *Derechos de autor y derechos conexos. UNESCO. Zavalía. Buenos Aires, 1993.*

^{vi} PALAZZI, P. A. - *Delitos informáticos*. Pág. 171. Buenos Aires, 2001.

vii SAEZ CAPEL, J. - *Obra citada*. Pág. 75.

viii TOC 18. Rta. 23/10/96.

ix TOC. 20. Rta. 10/04/97-

x PALAZZI, P. A. - *Obra citada*. Pág. 174.

xi CNCP. Sala I. J.A. 1997-II-271.

BIBLIOGRAFIA:

GUERRERO MEUS, F. M. / SANTOS MERA, J. E. - Fraude informático en la banca. Themis. Bogotá, 1993.

GUIERREZ FRANCES, M. - Delincuencia económica e informática en el nuevo Código penal. En: *Ámbito jurídico de las tecnologías de la información. Separata de cuadernos de Poder Judicial*. Madrid, 1996.

LILLI A.R. / MASSA, M. A. - Delitos informáticos En: *La Ley* 1986-A -832.

LIPSZYC, D. - *Derecho de autor y derechos conexos*. UNESCO, Zavalia. Buenos Aires,. 1993.

LIPSZYC, D. - Derecho de autor y derechos conexos en el acuerdo sobre los ADPIC (o Trip´s). En: *Revista La Ley*, diciembre 11 de 1996.

PALAZZI, P.A. - *Delitos informáticos*. Ed.Ad.Hoc.Bs.As.Arg.2000.

QUERALT JIMENEZ, J. J. - *Derecho penal español. Parte especial*. 3ª edición. J.Bosch Editor. Barcelona, 1996.

RESTA, S. - Informática, telemática e computer crimes En: *Informática e diritto. Revista internazionale*. 2ª serie Vol. IX número 2. Florencia, 1997.

SAEZ CAPEL, J. - *Informática y delito*. 2ª. edición..Proa XXI Editores. Buenos Aires, 2001.

CD ROM Programa de las Naciones Unidas para el desarrollo.Anexo 2. Editores del Puerto. Buenos Aires,1998.