

# EL DERECHO DE AUTOR EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DE ORDENADOR - SOPORTE LOGICO (SOFTWARE) Y LOS BANCOS O BASES DE DATOS

---

---

WILSON RAFAEL RÍOS RUIZ

## I. INTRODUCCIÓN

Con la aparición de la primera generación de computadores alrededor de 1946 (ENIAC), surge en el mundo una de las creaciones más trascendentales en la historia de la humanidad, la cual trajo consigo un gran dilema por cuanto desde ese momento se origina la controversia de establecer cual sería el sistema jurídico más adecuado para brindar una efectiva protección a este nuevo bien que desde un principio evidenció su importancia tanto presente como futura.

Sin embargo, hoy en día cuando nos encontramos en pleno desarrollo de la quinta generación de computadores (inteligencia artificial-redes neuronales) y pese a que se ha generalizado a nivel mundial la tendencia predominante de brindar protección jurídica al Soporte Lógico (*software*) por medio de la disciplina autoral, no es todavía pacífico este punto y se conservan algunas voces que propugnan por que el sistema más adecuado de tutela de esta singular clase de creación sería por la vía de la Propiedad Industrial

mediante el otorgamiento de una Patente de Invención o de Modelo de Utilidad o quizás una protección vía Informaciones Confidenciales (Secreto Industrial), o por que no pensar en la creación de un régimen especial o *Sui Generis* para el Soporte Lógico (*software*) el cual unido al originario método de protección que conoció esta clase de creación a través de los mecanismos contractuales.

Recordemos que en su primer estadio tanto el Hardware como el Software se fundían en un solo elemento y tanto la maquina como el soporte lógico eran inseparables, y por lo tanto surgía allí la dicotomía Propiedad industrial Vs. Derecho de Autor, y que a la postre agentes externos como los tributarios y de costos logran escindir el Hardware del Software (En 1969 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica obliga a la IBM a separar los costos del hardware y del software), marcando así el inicio de dos industrias perfectamente determinadas con un mercado propio y unas utilidades bastante significativas en la economía de mercado de la última centuria.

## II. EL SOPORTE LÓGICO (SOFTWARE) Y EL PANORAMA INTERNACIONAL

Sin que el objeto de este trabajo sea entrar a valorar los elementos que se tuvieron en cuenta en su momento para establecer en el contexto internacional que los programas de ordenador no serían protegidos por medio de la Propiedad Industrial, y sin entrar a calificar si esta clase de creación cumple o no con los requisitos de patentabilidad (Novedad, Altura Inventiva y Aplicación Industrial), si es necesario mencionar que las leyes de patentes de varios países Europeos (Francia, Alemania, Reino Unido, España y muchos otros) no contemplaron a los programas de ordenador como objeto de patentabilidad; hecho este que es ratificado en el Convenio sobre la Patente Europea suscrito inicialmente en 1973 en la ciudad de Munich, donde se excluyó de plano su patentabilidad.

El Régimen Andino sobre propiedad industrial consignado en la Decisión Andina 344 de 1993 siguiendo la tendencia universal no consideraba como una invención a los programas de ordenador o soporte lógico (art. 6.º, literal d).

Así mismo la hoy vigente Decisión Andina 486 de 2000, en su artículo 15 establece que no se consideraran invenciones, las obras literarias y artísticas o cualquier otra protegida por el derecho de autor; y excluye de la calidad de invención a los programas de ordenador o el soporte lógico (art. 15 literales c y e).

Se fundamenta esta exclusión de protección del Software por vía de la Propiedad Industrial, básicamente en el hecho de que la aplicación industrial requerida por esta disciplina, conlleva de por sí un cambio en el estado de la materia que se

encuentra en el mundo exterior, lo cual no logra realizar en la mayoría de los casos a cabalidad el Software; y además porque la propiedad industrial vía patente protege los productos o procedimientos como tal en sí mismos considerados, mientras que por el derecho de autor no protege las ideas sino la concreción y materialización que se haga de las mismas a través de las distintas formas de expresión que hacen tornar en concreto lo etéreo; lo cual permite que sobre una misma idea se pueda recabar y retomar infinidad de veces protegiendo cada materialización de la idea, pero, no la idea como tal.

Es por ello que las normas tipo diseñadas por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) para la protección de los programas de ordenador, la Directiva Europea n.º 250 del 14 de mayo de 1991 para la protección legal de los programas de ordenador, así como la mayoría de legislaciones nacionales de los países Europeos, Asiáticos, Africanos y Latinoamericanos han adoptado la tendencia de protección del Soporte Lógico por intermedio de sus legislaciones de derechos de autor o de regímenes especiales reforzados por las leyes autorales, lo cual de todas formas tuvo como antecedente mediato la Doctrina y la jurisprudencia como verdaderas fuentes de derecho positivo.

## III. LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOPORTE LÓGICO EN LOS PRINCIPALES CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los principales y tradicionales convenios sobre derecho de autor, tales como el con-

venio de Berna para la protección de las obras literarias, artísticas y científicas suscrito en 1886, el cual ha tenido múltiples revisiones, siendo la más reciente la realizada en París en 1971; así como la Convención Universal sobre Derecho de Autor y sus protocolos I y II revisada en París también en 1971, no mencionan de manera expresa al Soporte Lógico (*Software*) como una de las obras protegidas por vía de la disciplina autoral, sin embargo no debemos olvidar que el listado de obras mencionadas tanto en las leyes nacionales como en estos convenios, es meramente enunciativo o ejemplificativo y no taxativo o exhaustivo, por lo tanto es aceptado de manera unánime que cualquier creación propia del dominio intelectual que detente las características de obra y *que pueda ser representada o reproducida por un medio conocido o por conocer* será objeto de protección por el derecho de autor.

La tendencia actual liderada de tiempo atrás por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), sostiene que el Soporte Lógico (*Software*) es una obra en si misma considerada y que posee las características requeridas por el derecho de autor para ser objeto de protección por esta disciplina ya que reviste originalidad, se manifiesta como la concreción y materialización de una idea general y abstracta y puede ser reproducida o definida por cualquier forma de impresión o reproducción conocida o por conocer.

Por ello no es extraño encontrar como las disposiciones tipo sobre derecho de autor diseñadas por la OMPI para los países de América Latina y en general para el resto del globo y la Directiva Europea n.º 250 del 14 de mayo de 1991 sobre protección jurídica de los programas de ordenador, consideran al Soporte Lógico como una

obra del dominio literario, lo cual no debe extrañarnos por cuanto para el derecho de autor, obra literaria no se circunscribe ni limita solo a las obras que estén por escrito sino que se extiende a toda clase de expresión original que se manifieste a través de letras, signos o convenciones, por lo que es perfectamente válido entender como un programa de ordenador, tanto en su sistema operativo como aplicativo, expresado por medio de cualquier lenguaje de alta programación bien sea expresado por medio del *Código Fuente* (Expresión del grupo de instrucciones propias de un programa entendibles por el hombre), o bien por medio del *Código Objeto* (Expresión del grupo de instrucciones propias de un programa expresadas en códigos binarios entendibles únicamente por un ordenador), se encuentran amparadas y protegidas desde el momento mismo de su creación en los mismos términos que lo está una obra del dominio literario.

Todas las consideraciones anteriores, fueron recogidas en las múltiples discusiones que se realizaron por los distintos Comités de expertos convocado por la OMPI desde finales de la década de los 80 y que reunieron a delegados de los más de 150 países miembros de la Unión de Berna en la ciudad de Ginebra con miras a lograr un eventual protocolo al Convenio de Berna que lograra adaptarlo a las circunstancias y requerimientos actuales, y que desde su primer documento de trabajo dispuso que el Soporte Lógico (*Software*) fuera considerado como una obra protegible desde la óptica del derecho de autor.

Esta ardua labor realizada por la OMPI encontró su punto máximo el día 20 de diciembre de 1996 con la aprobación del tratado de la OMPI sobre Derecho de Au-

tor (WCT), adoptado por la conferencia diplomática reunida en la ciudad de Ginebra en esa fecha.

En este instrumento, que estuvo abierto para su firma hasta el 31 de diciembre de 1997, y entraría en vigor tres (3) meses después de que 30 Estados hubieran depositado sus instrumentos de ratificación o adhesión, encontramos una mención expresa en su artículo 4.º en cuanto a protección de los Programas de Ordenador por cuanto dispone que estos estarán protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2.º del Convenio de Berna. La protección se dará a los Programas de ordenador cualquiera que sea su forma de expresión, es decir que la protección se extiende a los programas operativos o aplicativos bien sea en forma de Código Fuente o de Código Objeto.

De igual manera el artículo 5.º del instrumento establece una protección para las compilaciones de datos o de otros materiales (Bases o Bancos de Datos), siempre y cuando exista un esfuerzo intelectual que se involucre en la organización, selección y disposición de las materias objeto de las mismas y que por lo mismo tengan el carácter de creaciones intelectuales. Sin embargo esta protección no abarca los datos, materiales o informaciones en si mismas y se entiende sin perjuicio de los derechos sobre las obras allí involucradas o de los materiales contenidos.

De singular importancia resulta el artículo 7.º, 1, i, por cuanto establece un derecho de alquiler sobre los programas de ordenador, a menos que el programa de ordenador propiamente dicho no sea objeto esencial del alquiler (art. 7º, 2, i).

El instrumento en cuestión se dió como un *arreglo particular* entre países de la Unión de Berna con base en el artículo

20 del Convenio de Berna y por lo tanto *no constituye una revisión* en los términos del artículo 27 del mismo Convenio. Así mismo el instrumento no tendrá relación directa con ningún otro tratado distinto al Convenio de Berna ni afectara los derechos u obligaciones adquiridos por virtud de cualquier otro tratado.

El instrumento sin embargo no abordó temas de trascendente importancia como los que presentan las nuevas tecnologías de punta tales como las creaciones Multimedia, la utilización de creaciones intelectuales a través del ciberespacio vía Internet, las obras creadas por ordenador y los sistemas de inteligencia artificial ; no obstante significa un gran avance por cuanto concreta y hace realidad aspiraciones de vieja data, y tal vez lo mas importante, establece una serie de definiciones que se adaptan al entorno digital.

Colombia hace parte de este instrumento en virtud de la Ley 565 de 2000, la cual luego de su examen positivo de Constitucionalidad podrá aplicarse en nuestro país.

Desde el 6 de marzo de 2002, este instrumento o arreglo particular entro en vigencia efectiva, pues se cumplieron los postulados para su aplicación, en atención de que ya han adherido al mismo más de treinta países.

#### IV. EL SOPORTE LOGICO (SOFTWARE) EN LOS GRANDES ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO MUNDIALES, REGIONALES Y SUBREGIONALES

La Propiedad Intelectual en general y el Derecho de Autor en particular, se han posicionado en el plano macroeconómico

en un gran nivel, habida cuenta de la importancia que reportan dentro del mercado mundial de capitales los bienes intangibles, por lo cual dentro del contexto de las economías de mercado y las políticas de internacionalización de la economía ocupan un primerísimo lugar.

Es por ello, que no es raro encontrar, como en la mayoría de Acuerdos Comerciales de alto nivel como la Unión Europea, el Pacto Andino, el NAFTA (North American Free Trade Agreement), el Grupo de los tres (G-3), *el capítulo TRIPS o ADPIC del GATT (General Agreement Trade And Tariff) hoy absorbido por el acuerdo que creó la Organización Mundial de Comercio (OMC)*; existe un espacio importante dedicado a la Propiedad intelectual tanto en su manifestación de propiedad industrial y Derecho de Autor, dentro del cual se le da un tratamiento prioritario a la protección jurídica de los Programas de Ordenador y de las Bases o Bancos de Datos como obras tuteladas por el Derecho de Autor.

Otros bienes de no menos importancia tales como los Trazados Topográficos de los Circuitos Integrados, las Señales portadoras de Programas de Satélites, la Televisión por Cable, las Obtenciones de Variedades Vegetales y los estudios sobre el Genoma Humano, han sido incluidos unos en estos acuerdos y otros se encuentran todavía en estudio.

#### V. EL SOPORTE LÓGICO (SOFTWARE) EN LA LEGISLACIÓN INTERNA COLOMBIANA SOBRE DERECHO DE AUTOR

La protección al Derecho de Autor en Colombia, ha sido una constante que se

evidencia desde principios del siglo XIX y que ha evolucionado hasta nuestro días, adaptándose a los retos que le impone el desarrollo de las nuevas tecnologías.

En Colombia tenemos el germen sobre esta materia en el acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada de 1811, la cual constituye el antecedente mediato que da como resultado la expedición en 1834 de la denominada Ley del General Santander, la cual es sin lugar a dudas el primer cuerpo normativo que sobre derecho de autor conocemos.

Más tarde en 1886, la protección a las creaciones del intelecto es incorporada como norma Constitucional en el artículo 35 de la Carta Política de ese año, disposición esta que encuentra su desarrollo legal a través de la Ley 32 de ese mismo año.

De manera paralela, a nivel internacional en 1886 se suscribió el Convenio de Berna para la Protección de las obras literarias, artísticas y científicas, el cual se constituye en el instrumento internacional más relevante sobre esta materia el cual ha tenido varias revisiones, la última de las cuales se realizó en París en 1971. El Convenio de Berna cuenta en la actualidad con más de 120 países miembros.

La Ley 32 de 1886 estuvo vigente hasta 1946, año este en que se expide la Ley 86, la cual entra a regular aspectos que para la época resultaban novedosos tales como la difusión de obras por medio del fonógrafo y el cinematógrafo y de manera principal regulo aspectos atinentes a las Asociaciones de Gestión Colectiva de derechos de autor, hoy denominadas Sociedades de Gestión Colectiva.

Sin embargo la Ley 86 de 1946, establecía la figura del Registro de derechos de autor como un mecanismo constituti-

vo de derechos, por lo tanto la obra o creación no inscrita en el Registro Nacional de derechos de autor se encontraba totalmente desprotegida frente a las utilizaciones hechas por terceros sin el consentimiento previo y expreso del autor o titular, pues era a partir del registro que la obra encontraba amparo por parte del Estado.

Esta situación, es decir el Registro como figura constitutiva de derechos reñía y estaba en contra vía con los postulados que orientan e inspiran al Convenio de Berna, donde la obra esta protegida desde el mismo momento en que se crea, sin que se requiera registro, deposito o formalidad alguna, constituyéndose el registro en meramente declarativo de derechos, pues el autor o titular obtiene protección por la disciplina autoral desde el mismo momento en que concreta y materializa sus ideas convirtiéndolas en obras.

El registro por lo tanto es en estos términos un medio de prueba más, pero no el único, pues el autor o titular podrá probar su derecho por cualquier de los medios de prueba conocidos, tales como testimonios, peritajes, documentos, declaraciones de parte, inspecciones judiciales y en general todo aquel que lleve al cabal convencimiento del fallador aplicando los criterios de la sana crítica.

En este contexto, y en momentos en que nuestro país contemplaba la posibilidad de adherir al Convenio de Berna, la Ley 86 de 1946, no se adecuaba a los requerimientos establecidos por este importante instrumento, y por ello se vio la necesidad de expedir un nuevo estatuto autoral, que no solo se pusiera a tono con los nuevos avances tecnológicos, sino que abriera la puerta para que Colombia se hiciera miembro del Convenio de Berna de 1886, más exactamente al Acta de París de 1971.

Se expide entonces la Ley 23 de 1982, la cual da un giro radical frente a la institución del Registro, convirtiendo este en declarativo de derechos como lo impone el Convenio de Berna y no en constitutivo de los mismos como lo preveía la Ley 86 de 1946. La Ley 23 de 1982 presenta muchos otros avances para su momento los cuales son desarrollados en sus 260 artículos.

Uno de esos avances se traduce en poder brindarle amparo a creaciones que como el soporte lógico (*Software*) ya buscaban un espacio de protección en la mayoría de legislaciones sobre propiedad intelectual en general, y en particular por el derecho de Autor.

El artículo 2.º de la Ley 23 de 1982 establece que los derechos de autor recen sobre toda clase de obra científica, artística o literaria *que pueda reproducirse o definirse por cualquier forma de expresión o de reproducción y en general por cualquier medio conocido o por conocer.*

Con base en lo anterior, la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, emite en 1988 un concepto donde deja claro que el Soporte Lógico (*Software*) es una obra protegida por el Derecho de Autor en los mismos términos que las obras literarias, por cuanto es susceptible de reproducirse y definirse por un medio conocido o por conocer.

En 1989, y teniendo en cuenta la orientación imperante a nivel mundial, se expide por parte del Gobierno Nacional, el Decreto 1360 de 1989 por el cual se reglamenta la inscripción del Soporte Lógico (*Software*) en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

El artículo 1.º de este decreto establece que en conformidad con lo dispuesto en la Ley 23 de 1982 sobre Derecho de Autor, el

Soporte Lógico (*Software*) se considera una obra propia del dominio literario.

El artículo 7.º del mencionado Decreto nos parece de la mayor importancia, por cuanto dispone además, que la protección que otorga el derecho de autor al Soporte Lógico (*Software*) *no excluye otras formas de protección por el derecho común*.

Lo anterior significa que el Soporte Lógico (*Software*) en Colombia tiene una protección amplia otorgada por el Derecho de Autor, pero, reforzada por el derecho común.

Es de anotar que este Decreto, que consta de tan solo ocho artículos, establece los requisitos y procedimientos *para obtener la inscripción en el registro Nacional del Derecho de Autor de un software*, diligencia esta del registro la cual es eminentemente declarativa y opcional, y no constitutiva o imperativa, habida cuenta que la obra, y en este caso el software están protegidos desde el momento mismo de la creación, sin que se requiera registro, depósito o formalidad alguna.

En 1991 con ocasión de la reforma Constitucional de ese año, se tiene que en el artículo 61 de la Carta hoy vigente; se establece la Protección a la Propiedad Intelectual, quedando así modificado el artículo 35 de la reformada Constitución de 1886.

Luego de más de diez años de vigencia de la Ley 23 de 1982; esta es modificada y adicionada por la Ley 44 del 5 de febrero de 1993, la cual introduce una reglamentación más detallada sobre los derechos y deberes de las allí denominadas Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos, regula en extenso y de manera detallada lo relativo a las infracciones y sanciones penales por violaciones al derecho de autor aumentan-

do las penas de prisión y multa de manera considerable a como lo hacia la Ley 23 de 1982.

En los artículos 51 y 52 de la Ley 44 de 1993, se describían unas conductas que en conjunto configuraban violaciones de tipo penal a los derechos morales y patrimoniales de autor.

El tema de las acciones civiles, continuaba siendo regulado por los artículos 242 a 252 de la Ley 23 de 1982, pese a que se presentaron algunas propuestas de modificación a este punto.

Para diciembre de 1993, hace su aparición por primera vez en Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, la reglamentación supranacional Andina en materia de Derecho de Autor, creándose un Régimen Común Sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos para los cinco países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) a través de la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena la cual impone principios como el de *Preeminencia y Aplicación Directa* sobre las normas internas de los países miembros, desplazando estas últimas cuando le sean contrarias. Esta reglamentación Andina ya existía en nuestro país en materia de Propiedad Industrial (Marcas, Patentes, etc.), Obtención de Variedades Vegetales y transferencia de tecnología.

La reglamentación Andina, consagra la protección para el Soporte Lógico (*Software*) a partir de los artículos 23 a 28, donde se reitera que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias, bien sea en forma de código fuente o de código objeto y extendiéndose a los programas operativos como aplicativos.

El Decreto 460 de 1995, viene a Reglamentar la Ley 44 de 1993 y la Deci-

sión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, en lo atinente a el Registro Nacional del derecho de Autor y regula el Depósito Legal, modificando, agilizando y suprimiendo algunos tramites que sobre este particular reglaba la Ley 23 de 1982, delimitando que la Dirección Nacional de Derecho de Autor es la entidad competente para llevar Registro Nacional de Derecho de Autor, y la Biblioteca Nacional de Colombia será la entidad responsable del Depósito Legal.

Así mismo, el Decreto 162 del 22 de enero de 1996, entra a reglamentar a la Decisión Andina 351 de 1993, en lo atinente al control y vigilancia que ejerce la Dirección Nacional del Derechos de Autor sobre las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos, y de manera particular la facultad de otorgar Autorización de Funcionamiento a esta clase de Sociedades. A su turno la Dirección Nacional del derecho de Autor expide la Resolución n.º 0054 del 17 de mayo de 1996, donde se establecen unos parámetros para la presentación de las solicitudes de autorización de funcionamiento por parte de las Sociedades de Gestión Colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

En materia criminal, se expidió un nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, la cual entro a regir a partir del 24 de julio de 2001 donde se modifican los artículos 51 y siguientes de la Ley 44 de 1993 y se establece la protección a los derechos de autor integrándola directamente en el cuerpo del Código dentro del Título VIII –Delitos contra los Derechos de Autor– ubicado entre los atentados contra el patrimonio económico y los delitos contra la fe Pública.

El Código Penal, establece en su artículo 270 las infracciones al derecho mo-

ral de autor, y el artículo 271 las defraudaciones a los derechos patrimoniales, *mencionando de manera expresa las infracciones al soporte lógico (software)*.

En la misma fecha entró a regir un nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 200 de 2000) que toma en cuenta el manejo procesal de los delitos que nos interesan.

En el Código Penal se establecen penas de prisión que van de 2 a 5 años y multas de 20 a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes para las infracciones a los derechos morales y penas de prisión de 2 a 5 años y multas de 20 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por infracción a los derechos patrimoniales.

Las penas de prisión son iguales en tratándose de violación a derechos morales como a derechos patrimoniales. Obviamente que las multas son superiores en los eventos de violación de los derechos patrimoniales.

El tema relativo a las acciones de tipo civil que se pueden emprender por violación a los derechos de autor, continua siendo regulado en los artículos 242 a 252 de la Ley 23 de 1982.

El 24 de diciembre de 2001, se expidió la Ley 719, la cual modifica y adiciona el artículo 159 de la Ley 23 de 1982 donde se establece lo atinente al régimen de tarifas concertadas por concepto de comunicación publica de obras musicales.

## VI. BANCOS O BASES DE DATOS

Un tema del cual no queremos dejar de ocuparnos así sea de manera tangencial, es el relacionado con la protección y el tratamiento jurídico dado a las Bases o Bancos de Datos dentro del contexto del derecho de autor.

Lo primero que se debe mencionar sobre este particular es el hecho de que las Base o Bancos de Datos son protegidas por la disciplina autoral en los mismos términos que se protegen las colecciones o compilaciones; *por lo tanto una base de datos solo se considerara objeto de protección por el derecho de autor cuando la selección, disposición, recolección y presentación de las materias o contenidos de las mismas constituyan en si mismas una creación intelectual y hayan reportado para su creador un verdadero esfuerzo creativo*, pues la simple aglomeración de información una detrás de otra sin que esta implique un esfuerzo intelectual efectivo no alcanza el nivel de creaciones protegidas por el derecho de autor.

Ordinariamente se habla de que existen dos clases de Bases de Datos que pueden ser protegidas por el derecho de autor siempre y cuando guarden las características ya mencionadas.

Las Bases de Datos pueden estar constituidas por un conjunto de elementos que en su esencia *constituyan en si mismas obras protegidas por el derecho de autor*, verbi gratia las Bases de Datos que reúnen un compendio de poesía de autores latinoamericanos y que es presentada de manera que los mismos son agrupados por tendencia literaria, nacionalidad o cualquier otra característica.

Otras Bases de Datos pueden representar efectivamente esfuerzo intelectual en su organización, selección o disposición, pero el elemento o *elementos que incorporan no son obras protegidas por el derecho de autor, sino que se trata de informaciones o datos de cualquier otra naturaleza*. Pensemos por ejemplo en una Base de Datos que presenta de manera esquemática y organizada en orden alfabético los nombre, direcciones,

E Mail, teléfonos y Fax de las personas habitantes de una determinada ciudad, y a los cuales se puede acceder por cualquiera de estos Items.

Tanto una como otra clase de Bases de Datos están protegidas por el derecho de autor siempre y cuando, repito, la organización, disposición y selección de las materias e informaciones allí contenidas reporten un efectivo esfuerzo intelectual.

Las Bases de Datos que incorporan en su contenido, obras preexistentes protegidas por el derecho de autor se convierten en un ejemplo típico de lo que la doctrina y el derecho positivo denominan Obra Derivada; por lo tanto quien pretenda realizar esta clase de trabajo deberá contar con la autorización previa y expresa de todos y cada uno de los autores o titulares de derechos de las obras que vayan a ser incorporadas allí, a menos que se trate de obras que se encuentre en el dominio publico o su utilización se haga bajo el amparo de las denominadas limitaciones y excepciones al derecho de autor.

## VII. DIRECTIVA EUROPEA - DERECHO SUI GENERIS

Un punto novedoso y de singular relevancia en lo relacionado con la protección jurídica de las Bases de Datos, surge y es abordado por el derecho Comunitario Europeo con la expedición el 11 de marzo de 1996 de la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por cuanto en esta directiva se va mucho mas allá de los parámetro tradicionales de protección que tradicionalmente se le da a las bases de Datos, y se crea un *Derecho Sui Generis en favor del fabricante de la Base de Datos, para que este pueda prohibir inclusi-*

*ve la extracción o reutilización de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de esta, evaluada cuantitativa y cualitativamente, cuando la obtención, verificación o la posesión de dicho contenido represente una inversión cuantiosa y sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo.*

La protección dada al fabricante de una Base de datos en virtud del Derecho Sui Generis mencionado tendrá una duración de 15 años después del 1.º de enero del año siguiente a la fecha en que se de por terminado el proceso de fabricación.

La Directiva establece una serie de excepciones y limitaciones al derecho Sui Generis que nace en favor del Fabricante de la Base de datos y así por ejemplo permite que el usuario legítimo de una base de datos pueda extraer o reutilizar sin autorización del fabricante partes sustanciales de la misma para fines privados, del contenido de una base de datos no electrónica, de igual modo para fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica indicando la fuente de donde se extrajo la información y dentro de la medida justificada del objetivo no comercial que se persiga, así mismo se podrá hacer extracción o reutilización con fines de seguridad pública o para fines administrativos o judiciales.

Los Estados miembros de la Unión Europea deberán adoptar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar aplicación a esta Directiva antes del 1.º de enero de 1998.

#### VIII. UTILIZACIONES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS DE UN PROGRAMA DE ORDENADOR SEGÚN LA DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993

La regla o principio general en materia de

derecho de autor establece que cualquier utilización que se haga de una obra protegida por esta disciplina, en este caso particular del Soporte Lógico (*Software*), debe realizarse contando con la autorización previa y expresa del autor o titular de los derechos.

No obstante lo anterior, esta regla o principio general no es tan estricta como parece y se permite alguna flexibilidad en algunos casos expresamente consignados por la legislación vigente sobre la materia. Surgen así las denominadas Limitaciones y Excepciones al derecho de autor las cuales están de todos modos enmarcadas dentro de lo que se conoce como “Los Usos Honrados” o *Fair Use* de las obras, lo cual significa que cualquier utilización permitida que se haga de una obra protegida, no deberá en todo caso interferir con la normal explotación de la obra ni causar un irrazonable o injustificado perjuicio a los intereses legítimos del autor o titular de los derechos.

#### A. USOS PERMITIDOS

Así las cosas la Decisión Andina 351 de 1993, por ejemplo en materia de Programas de Ordenador permite que quien lo haya adquirido de manera lícita, pueda efectuar una copia o introducir una adaptación cuando ello sea necesario para la utilización misma del programa, o sea realizada con fines de archivo (*Back Up* o Copia de Seguridad) y su destinación en este último caso se haga de manera exclusiva para sustituir la que haya podido sufrir algún daño o pérdida irreparable.

Tampoco esta prohibida, por no constituir reproducción ilegal, la introducción del programa en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su ex-

clusivo uso personal. Esto no podía ser de otra manera puesto que tal introducción en la memoria interna es indispensable para poder usar el programa mismo.

No se considera transformación del Programa de Ordenador, la adaptación que realiza el usuario para su exclusiva utilización.

## B. USOS PROHIBIDOS

Por el contrario, está expresamente prohibido y por lo mismo constituye violación a la legislación autoral vigente cualquier acto que se realice por fuera de los parámetros antes mencionados. Así mismo está prohibida la reproducción que se hace de un Programa de Ordenados inclusive para uso personal cuando tal utilización se efectúa sin la autorización del legítimo titular de los derechos.

Es ilícito de igual modo el aprovechamiento que se hace de un Programa de Ordenador por varias personas a través de redes o puestos de trabajo o cualquier procedimiento similar que se haga por fuera de los parámetros establecidos por el productor del *Software* en la correspondiente licencia de uso que se haya otorgado.

Las violaciones antes mencionadas se darán tanto en los programas operativos como en los aplicativos ya sean estos expresados a través del Código Fuente o del Código Objeto.

## IX. CONCLUSIONES

De manera independiente a cual sea la disciplina jurídica mas adecuada para entrar a tutelar los derechos de los titulares de programas de ordenador, lo cierto es que la tendencia actual y generalizada,

adoptada por la gran mayoría de países del mundo, propende por lograr crear una cultura de respeto por los derechos sobre los bienes intelectuales, lo cual se lograra mediante la difusión y propagación de los derechos y deberes que asisten tanto los titulares de los mismo, como los usuarios de estos.

Así como la imprenta en su momento y más tarde el fonógrafo y el cinematógrafo significaron un cambio radical en la cultura y en el modo de acceder al conocimiento y al entretenimiento por parte del ser humano, hoy las nuevas tecnologías nos plantean un gran reto y un sinnúmero de alternativas que indudablemente deben ser aprovechadas por todos sin escatimar esfuerzo alguno, pero teniendo presente desde todo punto de vista que los creadores necesitan el reconocimiento tanto moral como material de los usuarios de sus creaciones, lo cual impulsa al creador mismo a seguir adelante en su incansable y ardua labor. Sin este reconocimiento, el creador estaría condenado indefectiblemente a cambiar su oficio y a dejar de lado la actividad creadora sin la cual el mundo giraría a menor velocidad.

El Soporte Lógico (*Software*), es sin lugar a dudas, la obra protegida por el derecho de autor de mas fácil reproducción, la cual puede tomar simplemente segundos, reproducciones que al ser ilícitas, dan al traste con todo un proceso de producción, diseño, comercialización y creación de esta clase de bienes intelectuales de invaluable valor. La protección por vía social y legal, tanto de la naciente industria productora de Software en nuestro país, así como la de la consolidada industria productora extranjera, darán lugar a un desarrollo armónico y vertiginoso de nuestra sociedad, la cual deberá contar con todos los mecanismos

técnicos y humanos que le permitan abocar los retos que el milenio y el siglo venidero nos presenta.

## BIBLIOGRAFÍA

### A. TEXTOS IMPRESOS

BENDER, DAVID. "Patente para Software: Acelerando el paso", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 18, febrero de 1990.

CATALÁ, PIERRE. "Propiedad Intelectual de las Bases de Datos sobre sus propios datos", *Revista Derecho de la Alta tecnología-DAT*, n.º 6, febrero de 1989.

DE POUS, VÍCTOR A. "El depósito del código fuente (*source code escrow*) en el derecho holandés", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 122, octubre de 1998.

DIETZ, ADOLF. "Las Bases de Datos en el Derecho Internacional", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 118/119, junio/julio de 1998.

HUGENHOLTZ, BERNT. "El 'caching' desde el punto de vista del Derecho de Autor", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 138, febrero de 2001.

LANGENAUER, INÉS B. "El programa de computación es una obra intelectual", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 123, noviembre de 1998.

MILLE, ANTONIO. "La protección del Software por el Derecho de Autor", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 11, julio de 1989.

MILLE, ANTONIO. "Protección de las bases de Datos", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 140, abril de 2001.

"Piratería de Software: reciente Jurisprudencia Argentina y Colombiana", *Revista Derecho de la Alta Tecnología-DAT*, n.º 18, febrero de 1990.

### B. LEGISLACIÓN

Convenio de Berna para la protección del as obras literarias, artísticas y científicas, de 1886, Acta de París de 1971.

Tratado de la OOMPI sobre Derecho de Autor, (WCT) de 20 de diciembre de 1996.

Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas n.º 250 del 14 de mayo de 1991 sobre protección legal de los programas de computación.

Copyright, Designs and Patents Act, 1988, United Kingdom.

USA. Constitutional Provision respecting Copyright, Art. I, section 8.

Copyright Law of the United States of America and related Law contained in title 17 of the USA code.

Copyright Act of 1994, USA.

Digital Millennium Copyright Act, 1998, USA.

Ley 23 de 1982 sobre derecho de Autor y Derechos Conexos.

Decreto 1360 de 1989.

Ley 44 de 1993.

Decisión Andina 351 de 1993 por la cual se crea un Régimen Común sobre derecho de autor y derechos conexos.

Decreto 460 de 1995.