

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL SOFTWARE EN COLOMBIA



FANNY ALEJANDRA QUIJANO PERDOMO

JORGE EDUARDO SUÁREZ LOPERA

INGRID ROCÍO ZÁRATE GÓMEZ

**Presentado para optar por el título de:
Abogado**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA, SANTANDER
2010**

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE AL SOFTWARE EN COLOMBIA



FANNY ALEJANDRA QUIJANO PERDOMO

JORGE EDUARDO SUÁREZ LOPERA

INGRID ROCÍO ZÁRATE GÓMEZ

Director:
DR. PABLO ANDRÉS DELGADO PEÑA
Abogado

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BUCARAMANGA
FACULTAD DE DERECHO
BUCARAMANGA, SANTANDER
2010

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	7
OBJETIVOS	10
OBJETIVO PRINCIPAL	10
OBJETIVOS ESPECÍFICOS	10
PROBLEMA JURÍDICO	11
I. SOFTWARE	12
1. DEFINICIONES	12
2. CARACTERÍSTICAS	15
3. CLASIFICACIÓN DEL <i>SOFTWARE</i>	15
3.1. SEGÚN SU APLICACIÓN	16
3.1.1. Software de sistema.	16
3.1.2. Software de aplicación.	16
3.2. SEGÚN SU DISTRIBUCIÓN	17
3.2.1. Shareware.	17
3.2.2. Freeware.	17
3.2.3. Software comercial.	17
3.2.4. Software de dominio público.	18
3.3. SEGÚN SU ESTUDIO JURÍDICO.	18
3.3.1. Software propietario.	19
3.3.2. Software libre.	21
4. LICENCIAS	24
4.1. ¿QUÉ ES UNA LICENCIA?	24
4.2. TIPOS DE LICENCIAS	25
4.2.1. Licencias de la iniciativa GNU.	25
4.2.2. Licencias varias.	26
II. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR	29
1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE AUTOR?	29

2. OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR	30
3. SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR	31
3.1. AUTOR	31
3.1.1. Coautoría	32
3.2. TITULAR	34
1. NORMATIVA NACIONAL	37
1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991	37
1.2. LEY 23 DE 1982	37
1.3. LEY 44 DE 1993	37
1.4. DECRETO 1360 DE 1989	39
1.5. DECRETO 460 DE 1995	39
1.6. DECRETO 162 DE 1996	40
1.7. CÓDIGO PENAL (LEY 599 DE 2000)	40
2. NORMATIVA INTERNACIONAL	41
2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	41
2.2. CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS	41
2.3. CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR	42
2.4. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR	43
2.5. DECISIÓN 351 DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS	43
2.6. DECISIÓN 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL	44
2.7. CONVENCIÓN DE ROMA DE 1961	44
2.8. ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC)	45
IV. FACULTADES OTORGADAS POR EL DERECHO DE AUTOR	46
1. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR	46
1.1. DERECHOS MORALES	46
1.1.1. Características de los derechos morales	48
1.1.2. Clasificación	49
1.2. DERECHOS PATRIMONIALES	51

1.2.1. Características de los derechos patrimoniales	52
1.2.2. Clasificación	52
2. DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN	56
3. TRANSFERENCIAS DE LOS DERECHOS DE AUTOR	58
3.1. POR CAUSA DE MUERTE	58
3.2. POR ACTO ENTRE VIVOS	59
3.2.1. Contrato de cesión	60
3.2.2. Contrato de obra por encargo	60
3.2.3. Contrato de edición	63
4. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR	65
4.1. EL DERECHO DE CITA	66
4.2. REPRODUCCIÓN CON FINES DE ENSEÑANZA	67
4.3. REPRESENTACIONES O EJECUCIONES EN INSTITUCIONES DE ENSEÑANZA	68
4.4. EXCEPCIÓN A FAVOR DE BIBLIOTECAS Y ARCHIVOS	69
4.5. REPRODUCIR UNA OBRA PARA ACTUACIONES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS.	69
4.6. REPRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS	70
4.7. COPIA PRIVADA Y COPIA PARA USO PERSONAL	70
4.8. REPRODUCCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA DE ARTÍCULOS DE ACTUALIDAD	71
4.9. PUBLICACIÓN DE RETRATO	71
4.10. REPRODUCCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS SITUADAS EN LUGARES PÚBLICOS O ABIERTOS AL PÚBLICO	72
4.11. OTRAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES	72
V. PRINCIPIOS O CRITERIOS ORIENTADORES DEL DERECHO DE AUTOR	74
1. PROTECCIÓN A LA FORMA Y NO A LAS IDEAS	74
2. ORIGINALIDAD	76
2.1. ORIGINALIDAD SUBJETIVA	77
2.2. ORIGINALIDAD OBJETIVA	79
3. NO IMPORTA EL MÉRITO NI LA DESTINACIÓN O FIN DE LA OBRA	80
4. AUSENCIA DE FORMALIDADES PARA LA PROTECCIÓN	81
VI. DERECHO DE AUTOR EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL <i>SOFTWARE</i>	84
1. INTRODUCCIÓN	84

2. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL <i>SOFTWARE</i> EN LOS PRINCIPALES CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL	86
3. EL <i>SOFTWARE</i> EN LA LEGISLACIÓN INTERNA COLOMBIANA SOBRE DERECHOS DE AUTOR	87
4. UTILIZACIONES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS DEL <i>SOFTWARE</i> SEGÚN LA DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993.	89
4.1. USOS PERMITIDOS	89
4.2. USOS PROHIBIDOS	90
5. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO (LEY 599 DE 2000)	91
6. DERECHOS DE AUTOR VS. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES	94
7. CRÍTICAS Y DEFENSA AL DERECHO DE AUTOR	95
BIBLIOGRAFÍA	100
GLOSARIO	104
ANEXOS	112

INTRODUCCIÓN

El constante avance de la tecnología ha propiciado el surgimiento de nuevos conceptos, elementos y figuras de gran relevancia para el mundo de la informática; sin embargo, éstos han trascendido al campo del Derecho, generando una serie de necesidades e interrogantes que exigen solución.

Es así, como a partir de la creación de las computadoras, los sistemas jurídicos centraron su atención en el denominado *hardware*, es decir, en el conjunto de dispositivos físicos que componen el ordenador. Por su parte, el *software* o soporte lógico, era considerado simplemente un componente más de la computadora, esto es, un programa que controlaba la máquina y le indicaba las tareas y actividades que debía ejecutar.

Como resultado de esta división, el *hardware* pudo incorporarse fácilmente en las categorías jurídicas existentes, siendo clasificable como cosa mueble y protegido a través de la Propiedad Industrial, específicamente por las Patentes.

No obstante, entre los años 60 y 70 el *software* comenzó a posicionarse dentro de la escena tecnológica, en virtud de la implementación de nuevas técnicas interactivas que abrieron un nuevo mundo de aplicaciones y nuevos niveles de sofisticación del *software*. Así mismo, logró tener una amplia distribución en un mercado multidisciplinario. Los programas se distribuían para computadoras grandes y para minicomputadoras, a cientos e incluso a miles de usuarios.

De esta forma, como resultado de la evolución de los sistemas informáticos y la creciente demanda de los programas de computadora, el *software* comenzó a adquirir, para el Derecho, un significado (valor) independiente al *hardware*, generando un

dilema en relación a su régimen de protección; toda vez, que a diferencia del proceso de regulación al que había sido sometido el *hardware*, esta nueva institución del Derecho no se ajustaba a las formas jurídicas de protección preexistentes.

Algunos han sostenido que los programas de computación deben ser reglamentados a través de la Propiedad Industrial - Derecho de Patentes; por otro lado, hay quienes aseguran que el régimen jurídico idóneo para tutelar al soporte lógico es a través del Derecho de Autor. Finalmente, un sector –hoy minoritario-considera que es menester crear un nuevo ordenamiento jurídico, que atienda y prevea las particularidades que caracterizan al *software*.

Es así, como esa circunstancia de pluralidad de teorías, sumada al desconocimiento que existe en nuestro país por parte de los juristas, estudiantes de derecho, ingenieros, desarrolladores de *software* y funcionarios judiciales, sobre el medio idóneo y eficaz de protección de los programas de computador y su normativa aplicable, nos condujo a iniciar un proyecto de investigación cuyo objetivo general, es determinar el régimen jurídico aplicable en Colombia para la protección del *software*.

De igual manera, buscamos que esta investigación se constituya en un medio de guía y consulta para ingenieros, profesionales del derecho y en general para todas aquellas personas que lo requieran, proporcionando seguridad jurídica al momento de crear dichos programas y al comercializar o realizar negocios jurídicos sobre este bien.

Con el fin de desarrollar el objetivo mencionado, hemos clasificado esta tesis en 6 capítulos; el primero, sobre el *software*, expone de manera general su definición, características y clasificación. Este capítulo viene siendo la presentación del objeto de estudio.

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

En el segundo capítulo, se presentan los aspectos generales del Derecho de Autor, con el fin de construir el marco de referencia del sistema de protección de los programas de computador aplicable y vigente en Colombia.

El tercer capítulo abarca la normativa sobre Derechos de Autor, tanto de carácter nacional como internacional. De esta forma delimitaremos la legislación vigente y aplicable en Colombia respecto al *software*.

Por su parte, el capítulo cuarto hace referencia a las facultades otorgadas por el Derecho de Autor. El capítulo quinto incluye los principios o criterios orientadores del Derecho de Autor.

Finalmente, el sexto capítulo abarca el tema del Derecho de Autor en la protección jurídica del *software*; en primer lugar, recopilando temas tratados en el desarrollo de la investigación y en segundo lugar, exponiendo de manera puntual las ventajas y desventajas que posee el Derecho de Autor como sistema de protección para el *software*.

OBJETIVOS

OBJETIVO PRINCIPAL

Determinar el régimen jurídico aplicable en Colombia para la protección del *software*.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Confrontar diferentes tesis referidas a la protección legal del *software* en Colombia.
2. Definir los derechos morales y patrimoniales de los creadores del *software* a partir del marco legal y doctrinal.
3. Determinar si existen diferencias en cuanto a la protección jurídica que se brinda al *software* propietario y *software* libre.
4. Identificar las carencias en el sistema legal Colombiano actual con respecto a la normativa de Derechos de Autor vinculada con el *software*.

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

PROBLEMA JURÍDICO

¿Cuál es el régimen jurídico idóneo para la protección del *software* en Colombia?

I. SOFTWARE

1. DEFINICIONES

Para abordar el tema referido a la protección jurídica del *software*, es necesario precisar conceptualmente lo que se ha entendido por *software*, así como determinar sus diferentes definiciones:

“*Software*”, palabra proveniente del idioma inglés, que significa literalmente partes suaves o blandas.

El *software* según la Real Academia Española se define como “Conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora.”¹

El curso de Aula, en su tomo sobre informática, nos define el *software* como “programas del ordenador, es decir, a esa parte intangible, pero necesaria, para el buen funcionamiento de un equipo de proceso de datos.”²

De esta forma, al hablar de *software* nos referimos a las instrucciones de cómputo. A partir de dichas instrucciones se establece un vínculo con el *hardware*³, que permite lograr el funcionamiento del computador, al programar su componente físico, para que cumpla tareas específicas, o se desempeñe de determinada manera.

Toda la información contenida en el *software* es virtual y se constituye como un componente intangible, el cual junto al *hardware* se configura como el elemento esencial de un computador.

¹ Diccionario de la Lengua Española. En línea: <http://www.rae.es/rae.html>

² AULA. "Curso de Orientación Escolar: INFORMATICA". Madrid, España: Editorial Cultural S.A. 1993.

³ “Hardware: Se le denomina a la parte física del computador: el teclado, el monitor, el procesador.

Desde la perspectiva del Derecho se han desarrollado diferentes conceptos de *software*, con el fin de establecer una definición unánime que permita un mejor entendimiento sobre la materia. Entre estas definiciones encontraremos las de Organizaciones como la Oficina de *Copyright* de los Estados Unidos que en su Circular 61⁴ dispone lo siguiente: “*A computer program is a set of Statements or instructions to be used directly o indirectly in a computer in order to bring about a certain result*”. Es decir “Un programa de computador es un conjunto de directrices o instrucciones que se usaran directa o indirectamente en un computador con el objetivo de producir un resultado determinado”.

Así mismo, la Comunidad Andina de Naciones mediante la Decisión 351 de 1993 se ha pronunciado al respecto, definiendo el *software* en su artículo 3º como: “Programa de ordenador (*software*): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automática, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.”

En relación a la protección otorgada por el Derecho de Autor podemos referirnos al artículo 58 de esta Decisión, la cual establece que “ Los programas de ordenador, como obras expresadas por escrito, y las bases de datos, por su carácter de compilaciones, gozan de la protección por el Derecho de Autor, aun cuando se hayan creado con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente Decisión”.

El Decreto 1360 de 1989 de nuestro ordenamiento jurídico define el *software* de la siguiente manera: “Programa de computador: la expresión de un conjunto organizado

⁴ Disponible es <http://www.copyright.gov/circs/circ61.pdf>.

de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independientemente del medio en que se encuentre almacenado, cuyo fin es el de hacer que una máquina capaz de procesar información, indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico”.⁵

En la actualidad puede afirmarse que Colombia además de ratificar la definición de *software* aportada por la Comunidad Andina de Naciones, aplica la propuesta por la Real Academia, tal como lo menciona la honorable Corte Constitucional al traer a colación el concepto en la Sentencia C-1490-00 según la cual “La expresión “soporte lógico” es la que ha aceptado la Real Academia de la Lengua como traducción del anglicismo “*software*”, al respecto la tratadista argentina Delia Lypszyc ha dicho que ella equivale a la expresión “programas de ordenador”, “...también denominado, según los países, programa de computación, programa para computador, programa de cómputo, soporte lógico (del francés “logiciel”), o, al igual que en los países anglófonos, *software*”, de la misma manera reconoce el concepto que nos otorga la Decisión 351 al establecer que esta “definición es clara y precisa, y no encuentra la Corte que la misma pueda ser obstruida en su aplicación por las disposiciones impugnadas de la Ley 44 de 1993, al contrario, ellas permiten proteger a los creadores de esas obras de acciones dolosas contra su propiedad, lo que implica realizar los mandatos de protección eficaz que contiene la Decisión para todos los países miembros, y lo dispuesto en el artículo 61⁶ de la C.P., que le atribuye al Estado la función de proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley, luego no se advierte ninguna inconstitucionalidad sobreviniente en las normas atacadas.”

⁵ Decreto 1360 de 1989. Artículo 3º, literal a).

⁶ Constitución Política de Colombia de 1991. Artículo 61. El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley.

2. CARACTERÍSTICAS

El *software* tiene ciertas características que permiten su identificación de manera más clara.

La primera de ellas, es la referente a su composición, determinada por un código fuente, el cual consiste en una serie de instrucciones que se le dan a la computadora a través de la interfaz⁷ de usuario, éstas al ser introducidas en lenguaje de programación, se tendrán que pasar a través de un programa conocido como compilador, el cual se encarga de traducir el código fuente al lenguaje de la máquina para que pueda ser ejecutado por el computador, a este código resultante se le conocerá con el nombre de código objeto, la protección jurídica por ende recaerá sobre el código fuente ya que de éste nacen todas las operaciones del programa.

La segunda característica fundamental del *software* es que su existencia está ligada a la de un equipo de cómputo, sin este medio físico no habrá manera para que el *software* se manifieste en el plano de lo material, ni se tenga acceso al mismo sin una computadora que lo ejecute.

3. CLASIFICACIÓN DEL SOFTWARE

El *software* puede ser clasificado de distintas formas; sin embargo, las más reconocidas son: en virtud de su aplicación, por la manera en que se distribuye y finalmente por la naturaleza cerrada o abierta de su código fuente.

⁷ La interfaz, en informática, es un elemento de conexión que facilita el intercambio de datos, como por ejemplo el teclado, un tipo de interfaz entre el usuario y la computadora.

3.1. SEGÚN SU APLICACIÓN

La más clásica de las clasificaciones⁸ del *software* es con base a su aplicación, la cual trata dos tipos: a) *Software* de sistema y b) *Software* de aplicación.

3.1.1. Software de sistema. Es la herramienta que permite manipular el *hardware* del computador, organizar la información contenida dentro de los sistemas de almacenamiento y corregir los posibles errores que produzcan tanto el *hardware* como su *software*.

El *software* que hace parte de este grupo, es reconocido como sistema operativo, estos son multitarea, pudiendo ejecutar varias operaciones informáticas en el mismo momento, a pesar de que en sus inicios eran sistemas que sólo podían realizar una tarea por instrucción. Como ejemplo de esta clase de *software* es el sistema operativo de Microsoft conocido como Windows⁹.

3.1.2. Software de aplicación. Su uso permite a los usuarios desarrollar tareas que requieren asistencia o automatización. Algunas de éstas consisten en: escribir una carta, editar una imagen, elaborar sumas y realizar otras operaciones matemáticas. Dentro de este grupo de aplicaciones podemos encontrar programas como Microsoft Word y Microsoft Excel.

⁸ El autor Abraham Silberchatz en la sexta edición de su obra “*Database System Concepts*” del año 2006 nos propone esta clasificación.

⁹ De este *software* se han creado varias versiones, que son la mejora de su sistema base. Actualmente nos encontramos con la edición Windows 7.

3.2. SEGÚN SU DISTRIBUCIÓN¹⁰

Para llegar a sus usuarios, el *software* se presenta en cuatro tipos: *Shareware*, *Freeware*, comercial o de dominio público:

3.2.1. Shareware. Este tipo de programa tiene un código de carácter no abierto, al que se le imponen limitaciones tales como: un tiempo de uso y/o la capacidad para usar la totalidad de sus funciones a cambio de un pago para su adquisición. Algunos programas que siguen este modelo son: el antivirus “*antivir*” que permite su uso durante tres (3) años, siempre y cuando sea usado en un entorno privado y no empresarial, o el programa para la compresión de archivos *winrar*, que ofrece un periodo de evaluación de 30 días.

3.2.2. Freeware. Como su nombre lo indica, este tipo de *software* suele tener un código fuente *Open Source*, gratuito en cuanto a su uso, y que no impone ningún tipo de restricciones sobre la manipulación de su código fuente. Aunque dicho tipo de programas otorguen este tipo de libertades, se encuentran bajo la protección de los Derechos de Autor ya que imponen ciertas restricciones, tales como: el reconocimiento del creador del *software*, la imposibilidad de su venta o distribución, o muchas veces que todo producto derivado de éste sea también *Freeware*. Ejemplos reconocidos de este tipo de *software* son el explorador de Internet Mozilla Firefox , el servicio de correo *Thunderbird* y sistemas operativos de *software* libre como GNU/LINUX.

3.2.3. Software comercial. Este tipo de programa requiere para su acceso la adquisición de un tipo de licencias que restringen su uso, la manipulación de su código

¹⁰ En la Circular 05 del Departamento Nacional de Derechos de Autor con fecha 9 de octubre de 2001 se presenta esta clasificación de la siguiente manera: “Entre las presentaciones más comunes de un programa de computador tenemos cuatro tipos de clasificaciones: la comercial, el shareware, el freeware, y el dominio público”

fuente queda prohibida, no permite su distribución excepto estricto permiso del autor y para cuya utilización es necesario el pago de una suma de dinero determinada, son estos programas los que normalmente se adquieren en las tiendas, aunque con el aumento de la velocidad y capacidad de las redes digitales se ha hecho más común su adquisición *online* mediante distintos portales web de servicios. Ejemplos de esta clase de *software* es el sistema operativo Windows y sus herramientas de trabajo Microsoft Office en las cuales encontramos el Microsoft Word, Microsoft Excel, Microsoft Outlook, etc.

3.2.4. Software de dominio público. Es aquel sobre el cual nadie tiene derechos reservados, lo que implica que carece de protección por parte del *Copyright* y el *Copyleft*. Un *software* sólo llega a este estado cuando el autor de la obra renuncia a sus derechos o cuando por el paso del tiempo vencen sus derechos patrimoniales sobre el mismo.

En nuestro país existen plataformas web cuyo objetivo es la distribución de *software* y obras de dominio público, una de las más reconocidas es Structio¹¹.

3.3. SEGÚN SU ESTUDIO JURÍDICO¹².

El *software* se divide en dos clases:

- a) *software* libre, y
- b) *software* propietario

“La diferencia entre las mencionadas categorías radica en la manera en que se relacionan con el derecho de propiedad, en general, y de Propiedad Intelectual, en

¹¹ Disponible en <http://structio.sourceforge.net/>

¹² CARRANZA TORRES, Martín y BRUERA, Horacio. *Software* propietario y *software* libre ¿Opciones compatibles o posiciones irreductibles? En: Periódico La Ley. Buenos Aires, Argentina. Martes 14 de octubre de 2008. p. 1.

particular. En ese sentido, es útil recordar la tradicional clasificación de los bienes en *res nullius*, dominio público (bienes públicos) y dominio privado (bienes privados). Y decimos que es útil esta clasificación de los bienes porque muchas veces se confunden los términos y se afirma, desde la propia comunidad OSS (comunidad del *software* libre), que el *software* de dominio público es un caso especial de *software* libre (2), con la diferencia de que con el primero cualquiera puede hacer lo que quiera.”¹³

Respecto a los mecanismos de protección para cada uno de los tipos de *software* mencionados anteriormente, vale la pena resaltar que el *Copyright* corresponde para el *software* propietario, el *Copyleft* para el *software* libre y para el caso del *software* de dominio público no recae ningún tipo de protección ya que este *software* no tiene titular.

3.3.1. Software propietario. El *software* propietario está constituido por los programas cuyo código fuente no es abierto, y no puede ser modificado, usado, implementado, manipulado, etc., a menos que se tengan los derechos suficientes para hacerlo. Dichos derechos se pueden adquirir mediante licencias. De esta forma, los usuarios al comprar las copias del *software*, las suscriben en un contrato con el titular, autor o distribuidor del *software* sea el caso determinado. Del mismo modo, la FSF¹⁴ ha determinado que el *software* no tiene un valor comercial pero si dispone restricciones sobre el uso de su código fuente como *software* no libre.

Por otra parte, es importante destacar que el *software* propietario, tiene una naturaleza comercial, y usualmente se adquiere en tiendas, casas distribuidoras de *software*, mediante descargas de la red que están sujetas a un precio; aunque se puede dar el caso de un *software* propietario que se distribuya al público gratuitamente, tal como sucede con el servicio de mensajería de Microsoft “*Windows Live Messenger*”, o el “*Internet Explorer*” de esta misma compañía, los cuales, si bien son gratuitos, su

¹³ CARRANZA TORRES y BRUERA, Op. cit., p. 1

¹⁴ Free *Software* Foundation (FSF)

código no es abierto y por lo tanto mantienen la prohibición de la manipulación y mejora de dicho código por parte de la comunidad.

Para comprender esta protección es necesario conocer en qué consiste el *Copyright*.

“El *Copyright* es un tipo de protección provista por las Leyes de los EE.UU. (Título 17, *Código de los EE.UU.*) a los creadores de “*obras originales de autor*”, tales como obras literarias, dramáticas, musicales, artísticas y algunas otras obras intelectuales. Esta protección está disponible tanto para obras publicadas como para las que no lo están. La Sección 106 de la Ley de Derechos de Autor de 1976 concede generalmente al titular de los Derechos de Autor, el derecho exclusivo de llevar a cabo y de autorizar a otros a hacer, lo siguiente:

- a) Reproducir la obra en ejemplares o fonogramas¹⁵;
- b) Preparar obras derivadas de la original;
- c) Distribuir ejemplares o fonogramas de la obra al público por medio de ventas o por otro tipo de transferencia de posesión, por alquiler, arrendamiento o préstamo;
- d) Representar o interpretar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas o coreográficas, pantomimas, películas cinematográficas y otras obras audiovisuales;
- e) Ejecutar la obra públicamente, en el caso de obras literarias, musicales, dramáticas o coreográficas, pantomimas, obras pictóricas, gráficas o escultóricas, incluidas las imágenes individuales de una película cinematográfica o de alguna otra obra audiovisual; y
- f) En el caso de las grabaciones sonoras, interpretar la obra públicamente por medio de una transmisión de audio digital.”¹⁶

¹⁵ Para la Real Academia Española un fonograma es un registro del sonido en soportes especiales que permiten su reproducción.

La manifestación de este *Copyright* la veremos a través de las licencias de *software*, tema que será tratado de manera más clara en el punto 4.2. de este mismo capítulo.

3.3.2. Software libre¹⁷. El *software* libre se caracteriza por tener un código fuente abierto, que se conoce con el nombre de *Open Source*, el cual permite a la comunidad estudiar, modificar, implementar en otros proyectos, su código fuente base.

De igual manera el *software* libre permite las anteriores potestades, pero no permite ser categorizado como gratuito y/o de dominio público, aunque el hecho de tener un código *Open Source* lo haga más permisivo.

La más importante de las organizaciones de *software* libre, la GNU¹⁸, establece cuatro (4) libertades básicas¹⁹ que deben tenerse en cuenta al momento de identificar a un *software* como libre:

- a) La libertad de correr el programa con cualquier propósito.
- b) La libertad de estudiar cómo funciona el programa, y cambiarlo de tal manera que éste haga lo que la persona que lo modificó desee.
- c) La libertad de redistribuir copias para ayudar a tus congéneres.
- d) La libertad de redistribuir copias modificadas del programa para darle la posibilidad a la comunidad de beneficiarse de estos cambios.

¹⁶ Texto consultado el 14 de abril de 2010, en la página <http://www.Copyright.gov/espanol/circ01-espanol.pdf>.

¹⁷ Richard Stallman, creador de la FSF, es quien comienza a utilizar este término.

¹⁸ Este nombre surge en base a que el símbolo de este sistema operativo es un ñu y a la vez la expresión GNU suena similar a new (nuevo), el objetivo es decir que éste en su época era un sistema nuevo.

¹⁹ Disponible en <http://www.gnu.org/philosophy/free-sw.html>

En el caso de que cualquiera de las libertades antes enunciadas no se cumpliera estaríamos frente a un *software no libre*, que cabe recordar no es necesariamente un *software* propietario.

Por otra parte, la creciente importancia y el desarrollo del *software* libre en las últimas décadas, se ha debido básicamente a su facilidad para ser producido a gran escala. A razón de esto, muchas compañías han decidido producir *software* libre cambiando su antigua tendencia de manejar *software* de tipo propietario; ejemplo de esta transición fue el explorador de internet *Netscape*, este explorador hizo la transición en razón a que la compañía que lo produce perdió el mercado de los exploradores frente a su principal competidor, Internet Explorer.

A partir de lo anterior nace el proyecto *Mozilla*, y *Netscape* se convierte en un explorador de *software* libre. De dicha iniciativa nace también *Mozilla Firefox*, el principal competidor actualmente de Internet Explorer.

Para el caso de nuestro país, en el que el *software* libre ha logrado una gran importancia, ha surgido la posibilidad de comenzar a “adoptar una legislación que regule y establezca de manera imperativa las políticas de uso y empleo del *Software* Libre en sus sistemas de información, al interior de las entidades e instituciones del Estado y las empresas donde el Estado posea mayoría accionaria”.²⁰

Al respecto, vale la pena señalar que en el Congreso de la República se encuentra en curso el Proyecto de Ley Número 017 de 2009, mediante el cual se establecen lineamientos para la adopción y uso del *software* en las entidades del Estado dentro del marco de libre competencia del mercado. “El presente proyecto de ley tiene por objeto incentivar el desarrollo tecnológico de las entidades públicas en el territorio nacional, a través del establecimiento de lineamientos de adopción y uso del *software*

²⁰ RIOS RUIZ, Wilson Rafael. “Derecho de Internet & Telecomunicaciones”. Bogotá: Coautor. Coeditados por Legis S.A., y la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes; 2003.

en todas las entidades del Estado, que permitan garantizar un control efectivo de los métodos que utilicen y puedan organizar sus sistemas informáticos de manera eficiente y productiva.”²¹

Por otra parte, a diferencia del *software* propietario que se encuentra bajo la protección del *Copyright*, el *software* libre en la mayoría de los casos²² se encuentra protegido por el *Copyleft*²³.

El *Copyleft* es un método general para hacer un programa (u otro tipo de trabajo) libre, exigiendo que todas las versiones modificadas y extendidas del mismo lo sean también.

La forma más simple de hacer que un programa no tenga restricciones es convertirlo en uno dominio público, es decir, sin Derechos de Autor. Esto permite que los usuarios puedan compartir el programa y sus mejoras si así lo desean o, *contrario sensu*, permite que usuarios no tan cooperativos conviertan el programa en *software* privativo.

Ahora bien, para saber a qué derechos o condiciones se encuentran sometidos los programas de *software* propietario o *software* libre que se utilizan, adquieren o ceden, es necesario recurrir a un término que mencionamos anteriormente, y que será desarrollado a continuación:

²¹ Gaceta del Congreso No. 966 de fecha 24 de septiembre de 2009. p. 9. Disponible en: <http://www.senado.gov.co>

²² La organización GNU recomienda a todos las personas interesadas en la creación de *software* libre que se utilice el *Copyleft* y se señala otros tipos de protección como inescrupulosos ante el verdadero sentido del *software* libre.

²³ El *Copyleft* es una configuración de los Derechos de Autor que permite la protección adecuada al *software* libre.

4. LICENCIAS

4.1. ¿QUÉ ES UNA LICENCIA?

Las licencias son negocios jurídicos en los cuales hay dos sujetos que serán las partes de dicha relación: el licenciante y el licenciatarario. El primero de ellos es la persona que tendrá los derechos sobre el soporte lógico; ésta puede ser el autor de la obra, titular o distribuidor de la misma. Por su parte el segundo de ellos, el licenciatarario, será la persona que adquiere la licencia, y mediante ésta se hace acreedor de ciertos derechos o potestades sobre dicha obra, los cuales estarán claramente delimitados sobre la licencia. Es importante señalar que tanto la calidad de licenciante como la de licenciatarario, pueden recaer sobre una persona jurídica o natural.

Las licencias contienen la estructura de un contrato, por lo tanto están sujetas a un precio que equivale al valor que tiene la adquisición del derecho de uso sobre ésta, y a un plazo que puede ser determinado, indeterminado o simplemente no estipulado, dependiendo de la licencia en particular.

Existen varios tipos de licencias, correspondientes a diferentes objetos, estos varían desde la protección en el uso del código fuente hasta licencias mediante las cuales se establece la posibilidad de pagos adicionales para obtener mejoras sobre el producto.

Es importante tener en cuenta que al respecto, la Decisión Andina 351 se ha estipulado lo siguiente:

“En virtud de una licencia de uso, y conforme a lo señalado en la Decisión Andina 351 de 1993, a quien le es otorgada la misma se le permite, en los términos del contrato:

- a) Hacer una fijación del programa en la memoria del computador (artículo 26 de la Decisión Andina de 1993).
- b) Hacer una copia de seguridad o de back up (artículo 24 literal b de la Decisión Andina de 1993).
- c) Hacer una adaptación del programa para su exclusiva utilización (artículos 24 y 27 de la Decisión Andina 351 de 1993).²⁴

4.2. TIPOS DE LICENCIAS

Existen varios tipos de licencias, que se utilizan para diferentes parámetros de protección sobre el *software*, a continuación se mencionarán algunas de estas:

4.2.1. Licencias de la iniciativa GNU²⁵. La organización GNU a través de su portal de internet a dispuesto de manera gratuita²⁶ al público sus licencias, estas están basadas en la GPL que es una licencia de *Copyleft* gratuita aplicable al *software* y otro tipo de documentos según su modalidad; las restricciones bases de esta licencia son las siguientes: obligar al que utilice esta licencia a permitir la manipulación del código fuente, la distribución libre de la obra y prohibir la protección mediante patentes de todo *software* protegido por esta licencia.

Las modalidades de esta licencia son:

- a) Licencia pública de GNU: Conocida como GPL²⁷, es la más común en los programas de GNU.

²⁴ Dirección Nacional de Derecho de Autor. Concepto 2-2007-2452.

²⁵ Disponible en: <http://www.gnu.org/licenses/licenses.es.htm>.

²⁶ Disponible en: <http://www.gnu.org/licenses/gpl.txt>

²⁷ GPL: Licencia Pública General de la GNU, alrededor de ésta se desarrollan las demás licencias.

- b) Licencia pública general reducida de GNU: Una versión simplificada de la GPL y cuyo uso no es tan común como el de esta última; ésta permite que el *software* libre al cual está condicionando su uso pueda ser usado para crear *software* propietario.
- c) Licencia pública general de Affero de GNU: Basada en la GPL pero mediante una cláusula adicional permite a los usuarios interactuar mediante la red sobre el programa al cual recae esta cláusula.
- d) Licencia de documentación libre de GNU: El fin de esta licencia es la protección de cualquier manual, libro de texto u otro tipo de documento para asegurar que éste podrá ser utilizado por cualquier persona para su reproducción y copia; se considera un tipo de *Copyleft*.

4.2.2. Licencias varias. Debido a que el *software* se encuentra sujeto a tantos intereses, tales como su creación, manipulación, distribución, entre otros, no puede ser regulado por un solo tipo de licencia, ya que ésta no lograría satisfacer las necesidades de un género tan extenso; por esta razón existen múltiples tipos de licencias, con fines comerciales y no comerciales. Algunas clases de licencias y sus ejemplos son las siguientes:

a. Licencias de *software* de código abierto

- **Licencias permisivas**

Estas licencias permiten la creación de obras derivadas, sin que tengan la obligación de ningún tipo de protección o restricción. Las obras que nacen de un *software* que se encuentra amparado por esta clase de licencia pueden convertirse en *software* libre, propietario o de dominio público, esto por decisión del autor del *software* derivado.

Las licencias de código abierto permisivas normalmente son otorgadas por centros educativos. Algunos ejemplos de ellas son: *OPENSSL*²⁸, *BSD LICENSE*²⁹ y la *MIT LICENSE*³⁰.

- **Licencias robustas**

La diferencia entre este tipo de licencias y las anteriores, es que limitan en un mayor grado los resultados que la manipulación del *software* libre arroje, frente a la distribución de estos, de dos maneras:

- a) Estableciendo una protección débil, permitiendo que las obras derivadas no tengan una protección específica, bajo la condición de que cualquier modificación sobre el *software* original esté sujeta a sus limitaciones legales originales.
- b) Obligando tanto a que los productos derivados de la manipulación del *software* como el original estén sometidos a las características y libertades propias del *software* libre. Ejemplos de este tipo de licencia son: *GNU GENERAL PUBLIC LICENSE (GPL)*, *AFFERO GENERAL PUBLIC LICENSE (GPL)*.

b. Licencia de *software* de código cerrado

Normalmente se le aplica al *software* propietario, y su función es limitar la manipulación del código fuente del programa de múltiples maneras, a la vez que

²⁸ *OPEN SSL LICENSE*: Licencia complementaria del programa OPENSSL el cual se utiliza para encriptar la información y hacer más segura su transferencia. Esta licencia obliga a incluir la frase “Este producto incluye *software* desarrollado por el proyecto OPENSSL para el uso en herramientas OPENSSL” en todo el *software* derivado de su uso y cualquier redistribución.

²⁹ *BSD LICENSE*: Actualmente representan un grupo de licencias gratuitas permisivas. La original fue empleada para el *Berkley Software Distribution*, un sistema operativo del que se extrae el nombre de la licencia. La BSD License incluye tres cláusulas las cuales permiten redistribución ilimitada del *software* para cualquier propósito, siempre que su copyright y la garantía de la licencia sean mantenidos.

³⁰ *MIT LICENSE*: Esta licencia de *software* libre otorga total libertad a quien la aplique, sin ningún tipo de garantías. Bajo ningún evento o situación los autores del *software* tendrán responsabilidad sobre daños u otro tipo de responsabilidades (inclusive si se encuentran bajo contrato) sobre todas las acciones relacionadas con el *software*.

restringen varias funciones del programa como su uso, su reproducción, instalación, etc.

Así mismo, dentro de esta licencia se establecen advertencias al usuario sobre el tipo de sanción al que se puede incurrir por la violación de lo estipulado dentro de la misma.

En razón a la gran cantidad de limitantes de las licencias de *software* de código cerrado, su manejo a nivel global es difícil, ya que algunas de sus estipulaciones pueden ser no válidas en distintas regiones de un país, o entre países.

Debido a lo anterior, es normal encontrar limitantes sobre el país en que se puede utilizar el *software*, y las causales de rompimiento de algunos beneficios que otorga la licencia (soporte técnico para el usuario que compre el *software* sobre el que recae la licencia en un territorio diferente al estipulado), llegando en algunos casos a prohibir el uso del programa en territorios distintos a los que la licencia menciona.

Ciertas licencias de esta clase son los EULA (*End User License Agreement*)³¹

³¹ Conocida en español como CLUF (Contrato de Licencia para el Usuario Final), este tipo de licencia es la que normalmente usa *Microsoft* para proteger su *software*.

II. GENERALIDADES DEL DERECHO DE AUTOR

1. ¿QUÉ ES EL DERECHO DE AUTOR?

Para definir que es el Derecho de Autor, es necesario remitirnos a lo que conocemos como *Propiedad Intelectual* y es definida como “una disciplina normativa que protege las creaciones intelectuales provenientes de un esfuerzo, trabajo o destreza humanos, dignos de reconocimiento jurídico”³²

Según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) la Propiedad Intelectual se divide en dos categorías: la Propiedad Industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de origen y el Derecho de Autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías, esculturas, diseños arquitectónicos y el *software*.

De esta forma, el Derecho de Autor como disciplina jurídica, “Se traduce en un derecho personal que reviste un matiz económico y patrimonial sobre toda creación del dominio literario, artístico o científico, que se da de parte del Estado desde el mismo momento de la creación, a favor de un titular originario o derivado, por un tiempo determinado, oponible frente a terceros y que presenta un contenido dual expresado en prerrogativas de orden moral y patrimonial.”³³

³² RENGIFO GARCIA, Ernesto. “Propiedad Intelectual: El moderno Derecho de Autor”. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. II Edición. p. 23.

³³ RÍOS RUIZ, Wilson Rafael, “La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías”, Bogotá D.C.: Universidad de los Andes. Ediciones Uniandes. Editorial Temis; 2009. p. 3.

2. OBJETO DEL DERECHO DE AUTOR

El objeto de protección del Derecho de Autor es la obra.

El Centro Colombiano del Derecho de Autor define obra en los siguientes términos: “Es toda expresión humana producto del ingenio y del talento que se ve materializada de cualquier forma perceptible por los sentidos y de manera original, particularmente en el campo literario y artístico. En consecuencia se protegen las obras literarias en cualquier forma, los dibujos, pinturas, esculturas, obras fotográficas, audiovisuales. Los programas de computador, las adaptaciones, traducciones y en general, toda obra en el campo literario o artístico que pueda definirse o reproducirse por cualquier medio conocido o por conocer.”³⁴

Por su parte Delia Lipsyc, autoridad en la materia manifiesta que: “Para el Derecho de Autor, obra es la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente y es apta para ser difundida y reproducida.”³⁵

Para el tema puntual tenemos entonces que el *software* o programa de computador, es una obra en sí misma, y por tanto es objeto de protección del Derecho de Autor. En este sentido se ha orientado la tendencia actual liderada por la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI), que establece en su Tratado sobre Derecho de Autor, que: “Los programas de computador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el artículo 2º del Convenio de Berna. Dicha protección se

³⁴ Centro Colombiano del Derecho de Autor, CECOLDA, ¿Qué es una obra? En línea: http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=50

³⁵ LIPSZYC, Delia: “Derechos de Autor y derechos conexos”. Buenos Aires: Unesco-Cerlac-Zavalía; 1993. p. 68.

aplica a los programas de computador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”³⁶

En igual sentido se pronuncia la Decisión Andina 351 de 1993 que señala: “Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto. En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, referente a los derechos morales. Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.”³⁷

3. SUJETOS DEL DERECHO DE AUTOR

Los sujetos que se pueden apreciar dentro de los Derechos de Autor son el autor y el titular. A éstos les corresponde un grupo de derechos dependiendo de su calidad frente a la obra, calidad que nos permitirá determinar la capacidad que tiene cada sujeto sobre los derechos que la obra les otorgue.

3.1. AUTOR

La Dirección Nacional del Derecho de Autor de Colombia, señala que el autor de la obra es “... el primigenio titular de los derechos que se originan en el hecho mismo de la creación y de su expresión externa.”³⁸

En el sistema jurídico colombiano el autor es la persona que, al crear una obra, recibe unos derechos sobre las mismas, en ocasiones el titular de la obra sin necesariamente

³⁶ Tratado de la Ompi sobre Derecho de Autor, del 20 de diciembre de 1996. Artículo 4.

³⁷ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 23.

³⁸ Dirección Nacional del Derecho de Autor. “Génesis y evolución del Derecho de Autor”.

ser el autor de ella puede tener algunos de estos derechos sobre la obra. Dentro de la legislación internacional encontramos la definición de autor que nos otorga la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su artículo 3º “Autor: Persona física que realiza la creación intelectual.”

Por otro lado la tratadista argentina Delia Lipszyc se ha pronunciado sobre la materia, con base en su estudio sobre la tradición jurídica latina, al señalar que: “únicamente se reconoce la calidad de autor y, por ello, la de titular originario del derecho, a la persona física que crea la obra”. De esta manera, es importante recordar que si bien una persona jurídica puede llegar a ser el titular de la obra y enajenarla, siempre la calidad de autor recaerá sobre una persona física.

3.1.1. Coautoría

Esta figura hace relación al hecho de que una, dos o más personas realizan un trabajo intelectual, científico, artístico, etc. de manera conjunta, siendo por iniciativa de estos autores o por la iniciativa de un tercero que quiere guiar sus esfuerzos en aras de la producción de una obra.

Esta coautoría se divide en razón a los esfuerzos y la forma en que se realizan, por lo tanto se tiene la coautoría en obras en colaboración y la coautoría en obras colectivas.

a) Obras en colaboración

Cuando nos referimos a la coautoría, en su categoría obras en colaboración, nos encontramos con creaciones desarrolladas por dos o más personas y de carácter indivisible.

Sus creadores cuentan con derechos en medida porcentual o en la medida en que los autores de dicha obra lo establezcan, por ejemplo: el desarrollo conjunto de un código fuente de un *software*, se tendría bajo esta categoría siempre que fuese iniciativa de los autores y no de un tercero.

Al respecto, la Ley 23 del 82 en su artículo 8 numeral c dispone lo siguiente: “Obra en colaboración: la que sea producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no puedan ser separados”

b) Obras colectivas

El tratadista Wilson Rafael Ríos Ruiz respecto a este tema ha manifestado que son: “... aquellas que realizan un conjunto de creadores que son reunidos, coordinados y orientados por iniciativa de una tercera persona, natural o jurídica, que se encargara de divulgar y comercializar la obra como titular” .

Dentro de esta clase de creaciones es común que se utilice la figura del contrato por prestación de servicios, mediante el cual se estipula para los autores una compensación económica por su trabajo, estos a pesar de nunca haber tenido derechos patrimoniales sobre dicha obra cuentan con sus derechos morales.

El artículo 8º numeral de la Ley 23 de 1982 dispone: “Obra colectiva: La que sea producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre;” .

Ahora bien, con respecto a la figura de la tesis de grado, que en ciertas ocasiones es considerada erróneamente una obra hecha en coautoría (bajo los lineamientos de un tercero, la universidad a través de un director), cabe señalar que sobre dicho tipo de obras tienen titularidad los estudiantes que la hayan elaborado, a menos, que

dispongan que los derechos patrimoniales pertenecen a la institución educativa, toda vez que los morales son irrenunciables y por ende pertenecen siempre a los estudiantes (autores).

3.2. TITULAR

¿Quiénes son titulares en el ordenamiento jurídico colombiano?, la Ley 23 de 1982 nos permite establecer esto al disponer lo siguiente:

“Artículo 4.- Son titulares de los derechos reconocidos por la Ley:

- a) El autor de su obra;
- b) El artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución;
- c) El productor, sobre su fonograma;
- d) El organismo de radiodifusión sobre su emisión;
- e) Los causahabientes, a título singular o universal, de los titulares anteriormente citados;
- f) La persona natural o jurídica que, en virtud de contrato, obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta Ley.”

Estos, como se ha mencionado anteriormente, son los que disponen unos derechos sobre la obra.

Naturalmente los titulares de los Derechos de Autor serán como la Ley taxativamente lo establece los creadores de la misma, exceptuando, claro, 2 casos, los del numeral e y numeral f de el artículo citado.

Ahora por lo tanto podemos dividir a los titulares de derechos sobre una obra en 2 clases los titulares originarios del derecho y los titulares derivados.

Los titulares originarios son los autores de la obra que en el momento de la creación de la misma reciben esta calidad, esta facultad recae sobre ellos sin la necesidad de ningún tipo de reconocimiento, a pesar de que existe la figura del registro pero esta es meramente declarativa de derechos. Entonces, un titular originario es para el caso concreto una persona natural que desarrolla un *software* para su uso personal, que al mismo tiempo será el autor.

Estos titulares pueden transferir sus derechos patrimoniales a otros mediante un contrato, por muerte o por disposición de la Ley.

Dichos derechos podrán ser transferidos a terceros de las siguientes formas:

Mediante un contrato de cesión y transferencia, contrato en el cual debe constar claramente en qué condiciones se transfiere dicho derechos. Además este documento debe hacerse mediante documento privado ante un notario o mediante escritura pública. Posteriormente debe usarse la figura del registro para que dicho contrato sea oponible a terceros y se salvaguarden los derechos del nuevo titular. Cuando no se cumplen estas formalidades se tiene como inexistente el contrato, por lo tanto no ocurriendo la transferencia de los derechos.

Otra manera mediante la cual se derivan los Derechos de Autor en un tercero es mediante la muerte del autor originario, recayendo estos sobre los herederos del autor, o sobre quien este designe en su testamento, en el caso que, no haya designación ni herederos dichos derechos pasaran al Estado.

Finalmente tenemos ciertos casos mediante los cuales la Ley permite la transferencia de los derechos, sea este el caso por ejemplo del artículo 91 de la Ley 23 de 1982 “Los Derechos de Autor sobre las obras creadas por empleados o funcionarios públicos, en

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales de su cargo, serán de propiedad de la entidad pública correspondiente. Se exceptúan de esta disposición las lecciones o conferencias de los profesores.

Los derechos morales serán ejercidos por los autores, en cuanto su ejercicio no sea incompatible con los derechos y obligaciones de las entidades públicas afectadas.”

III. NORMATIVA SOBRE DERECHOS DE AUTOR APLICABLE EN COLOMBIA

1. NORMATIVA NACIONAL

1.1. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA 1991

El artículo 61 de la Constitución Política de Colombia de 1991 consagra: “El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la Ley.” De esta forma, el Derecho de Autor en nuestro país goza de protección tanto legal como constitucional, entendiendo que el concepto de Propiedad Intelectual, como género, involucra a los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial.

1.2. LEY 23 DE 1982

Reconocida como la Ley de Derechos de Autor en Colombia, establece en su artículo 1º que los autores de obras literarias, científicas y artísticas gozarán de protección para sus obras en la forma prescrita por la presente Ley y, en cuanto fuere compatible con ella, por el derecho común. Esta Ley también protege a los intérpretes o ejecutantes, a los productores de programas y a los organismos de radiodifusión, en sus derechos conexos a los del autor. Así mismo, la Ley 23 convirtió la institución del registro en declarativo de derechos.

1.3. LEY 44 DE 1993

Después de más de diez años de vigencia de la Ley 23 de 1982, ésta fue modificada y adicionada por la Ley 44 de 1993, la cual introdujo una reglamentación más definida respecto a los derechos y deberes de las llamadas sociedades de gestión colectiva de Derechos de Autor y derechos conexos. Así mismo, reguló de forma más detallada lo

relacionado con las infracciones y sanciones por violaciones al Derecho de Autor, y aumentó las penas de prisión y multa de manera considerable, en comparación con la Ley 23, aspectos punitivos que fueron ya incluidos en el nuevo Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000, artículo 270 y siguientes)

Como mención importante, destacamos que en el Congreso de la República de Colombia se encuentran en trámite dos (2) Proyectos de Ley dirigidos a modificar las Leyes 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993.

El primero de ellos, el Proyecto de Ley Número 101 de 2009, publicado en la Gaceta del Congreso de fecha 12 de agosto de 2009, el cual propone algunas modificaciones a la legislación vigente sobre protección de los Derechos de Autores, compositores e intérpretes de obras musicales, especialmente en cuanto a los mecanismos de cobro de los derechos que por la ejecución pública de tales obras se generan. En defensa del proyecto, sus proponentes aclaran que “éste no pretende cambiar sustancialmente el régimen general protector de los Derechos de Autor, ni tampoco desdibujar la figura de las sociedades colectivas de gestión de Derechos de Autor, creadas por la Ley 44 de 1993. Por el contrario, busca darle fuerza de norma legal imperativa como Ley de la República a varios pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre las formas válidas de realizar el cobro de los Derechos de Autor y de los derechos conexos en el área de la música, así como a los reclamos de los autores, compositores, intérpretes, artistas y usuarios de obras musicales.”³⁹

El segundo, es el Proyecto de Ley Número 216 de 2009, “el cual pretende garantizar la protección a los compositores, autores y ejecutantes de música, creando mecanismos de igualdad para la afiliación y la libre asociación, garantizándoles que los recursos recaudados lleguen verdaderamente a su poder. Por esta razón y para que exista claridad sobre los recursos que provienen del público en general, el Proyecto de Ley

³⁹ Gaceta del Congreso No. 719 de fecha 12 de agosto de 2009. p. 8. Disponible en: <http://www.senado.gov.co>

216 establece la obligatoriedad de publicar anualmente la información detallada sobre el destino de los dineros.”⁴⁰

1.4. DECRETO 1360 DE 1989

Regula los programas de computador y determina que de conformidad con la Ley 23 de 1982, el soporte lógico (*software*) se considera como una creación propia del dominio literario (Artículo 1º) y comprende uno o varios de los siguientes elementos: el programa de computador, la descripción de programa y el material auxiliar. (Artículo 2º)

Así mismo, establece que salvo manifestación en contrario hecha por el titular de los Derechos de Autor, el soporte lógico (*software*) será considerado como obra inédita. (Artículo 4º)

1.5. DECRETO 460 DE 1995

Reglamentó la Ley 44 de 1993 y la Decisión Andina 351, en lo atinente al Registro Nacional del Derecho de Autor, y reguló el depósito legal, modificando algunos procedimientos que sobre esta materia contenía la Ley 23 de 1982.

De igual forma, determinó que la finalidad del registro es la de brindar a los titulares de Derechos de Autor y derechos conexos un medio de prueba y de publicidad a sus derechos, y de garantía de autenticidad y seguridad a los a los mismos. (Artículo 2º)

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 8º consagró que para efectos de la inscripción en el Registro Nacional del Derecho de Autor de los programas de ordenador

⁴⁰ Gaceta del Congreso No. 308 de fecha 8 de junio de 2010. p. 1. Disponible en: <http://www.senado.gov.co>

(*software*), se deberán tramitar los formatos preestablecidos con fundamento en la información solicitada por el Decreto 1360 de 1989.⁴¹

1.6. DECRETO 162 DE 1996

Reglamentó la Decisión Andina 351 de 1993, en lo concerniente al control y la vigilancia que ejercía la Dirección Nacional de Derechos de Autor respecto las sociedades de gestión colectiva de Derechos de Autor y Derechos Conexos.

1.7. CÓDIGO PENAL (LEY 599 DE 2000)

Nuestro actual Código Penal, Ley 599 de 2000, modificado mediante la Ley 890 de 2004 y la Ley 1032 de 2006, otorga protección a los Derechos de Autor, a partir del Título VIII, Capítulo Único, artículos 270 a 272.

Este conjunto de normas, tiene como objetivo principal sancionar las infracciones a los derechos morales y patrimoniales de autor. Así mismo, busca reprimir la violación a los mecanismos de protección del Derecho de Autor y los derechos conexos. Por tal razón, establece penas de prisión que van de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto sesenta y seis (26.66) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

⁴¹ Artículo 5. Para la inscripción del soporte lógico (*software*) en el Registro Nacional del Derecho de Autor, deberá diligenciarse una solicitud por escrito que contenga la siguiente información:

1. Nombre, identificación y domicilio del solicitante, debiendo manifestar si habla a nombre propio o como representante de otro en cuyo caso deberá acompañar la prueba de su representación.
2. Nombre e identificación del autor o autores.
3. Nombre del productor.
4. Título de la obra, año de creación, país de origen, breve descripción de sus funciones, y en general, cualquier otra característica que permita diferenciarla de otra obra de su misma naturaleza.
5. Declaración acerca de si se trata de obra original o si por el contrario, es obra derivada.
6. Declaración acerca de si la obra es individual, en colaboración, colectiva, anónima, seudónima o póstuma.

Por otra parte, vale la pena resaltar que las penas de prisión son iguales tanto para violación a derechos morales como a derechos patrimoniales. Sin embargo, en los eventos de violación de los derechos patrimoniales las multas son superiores.⁴²

2. NORMATIVA INTERNACIONAL

2.1. DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, es el instrumento de derecho internacional que establece de manera clara los derechos inherentes de todos los seres humanos.

Su importancia se debe a que es un instrumento de protección para la humanidad y un modelo de conceptos y comportamiento a seguir, tanto a nivel individual como universal. Esta declaración consagra un catálogo de derechos, entre los cuales se encuentran los derechos civiles, los derechos políticos y los derechos económicos, sociales y culturales.

Para el caso específico, dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra el derecho a la protección de la propiedad intelectual.⁴³

2.2. CONVENIO DE BERNA PARA LA PROTECCIÓN DE OBRAS LITERARIAS Y ARTÍSTICAS

El Convenio de Berna para la protección de obras literarias y artísticas surgió en 1886 y protege a nivel internacional el Derecho de Autor. Con 164 países contratantes, este

⁴² Disponible en:http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=view&id=320&Itemid=52. Consultado el día 9 de junio de 2010.

⁴³ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Artículo 27. Numeral 2°. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

convenio, conocido comúnmente como Convenio de Berna, es el más reconocido y firmado a nivel mundial.

Su objeto principal es conceder a los autores y titulares, el privilegio de controlar el uso sobre sus obras literarias, artísticas o científicas, así como recibir una remuneración por su utilización. Colombia se adhirió al Convenio de Berna mediante la Ley 33 de 1987.

Este acuerdo universal, se erige sobre la base de principios como la protección automática, el trato nacional, el respeto al derecho moral y la independencia de las formas de disposición de las obras.

De igual forma, vale la pena destacar que la OMPI realizó el Tratado OMPI sobre Derecho de Autor (WCT, siglas en inglés) y el Tratado sobre Interpretaciones o Ejecuciones y Fonogramas (WPPT, siglas en inglés), con el fin de actualizar dicho convenio respecto a los retos que imponen las nuevas tecnologías y el entorno digital. Colombia suscribió los tratados mencionados, de esta forma, los adoptó mediante la Ley 545 de 1999 y la Ley 565 de 2000.

2.3. CONVENCIÓN UNIVERSAL SOBRE DERECHOS DE AUTOR

Adoptada el 6 de Septiembre de 1952 en Ginebra, revisada el 24 de Julio de 1971 en París y aprobada en nuestro país mediante la Ley 48 de 1975. Ajusta sus principios generales a los postulados fijados en el Convenio de Berna, y a su vez, desarrolla una serie de disposiciones en favor del cumplimiento de lo establecido en éste.

Mediante esta Convención los Estados contratantes se comprometen a garantizar la protección de los derechos de los autores, sobre las obras literarias, entre las que se incluye el *software*, obras artísticas y obras científicas.

2.4. TRATADO DE LA OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR

El Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor fue adoptado en Ginebra el 20 de Diciembre de 1996, por la Conferencia Diplomática y aprobado por Colombia mediante la Ley 565 de 2000.

Este instrumento de derecho internacional hace referencia a dos objetos de protección de los Derechos de Autor, como son los programas de computadora (*software*), cualquiera sea su modo o forma de expresión y las compilaciones de datos u otros materiales (bases de datos), en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales.⁴⁴

En lo concerniente a los Derechos de Autor, el Tratado se ocupa de tres de ellos: 1) El derecho de distribución, 2) El derecho de alquiler y 3) El derecho de comunicación al público. Cada uno de ellos es considerado un derecho exclusivo, sujeto a ciertas limitaciones y excepciones.

2.5. DECISIÓN 351 DE LA COMUNIDAD ANDINA SOBRE RÉGIMEN COMÚN SOBRE DERECHO DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Reconoce la adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, sin importar el género o forma de expresión, el mérito literario o artístico o su destinación.

Respecto al tema que nos ocupa, la Decisión 351 de 1993 regula en su Capítulo VIII los programas de ordenador y bases de datos, estableciendo que los programas de

⁴⁴ Tratado de la OMPI, sobre Derecho de Autor. Artículos 4 y 5.

ordenador (*software*) serán protegidos en los mismos términos que las obras literarias.⁴⁵

2.6. DECISIÓN 486 DE LA COMUNIDAD ANDINA RÉGIMEN COMÚN SOBRE PROPIEDAD INDUSTRIAL

Esta Decisión establece el marco legal de la Propiedad Intelectual, y fue expedida con fundamento en el artículo 27 del Acuerdo de la Comisión de la Comunidad Andina, regula en los países miembros desde el 1 de diciembre del año 2000 y sustituyó la Decisión 344 de 1993.

Las regulaciones establecidas por la Decisión 486 pretenden lograr una adecuación entre las normas comunitarias a las obligaciones de carácter internacional y específicamente al ADPIC, y contienen principios de gran relevancia tales como el de Trato Nacional y Nación más favorecida que demuestran el avance de esta nueva regulación frente a la antigua Decisión 344 de 1993.

2.7. CONVENCIÓN DE ROMA DE 1961

El 26 de octubre de 1961 se estableció la Convención de Roma para la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, bajo la administración de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). En la actualidad cuenta con 91 países contratantes.

Esta convención define a los intérpretes o ejecutantes como los actores, cantantes, músicos, bailarines y personas quienes interpretan obras artísticas o literarias.⁴⁶ Así mismo, determina que la protección de que son objeto con la Convención de Roma, comprende los actos en los que no hayan dado su consentimiento, como la

⁴⁵ Decisión 351 de 1993. Artículo 23.

⁴⁶ Convención de Roma de 1961. Artículo 3°. Literal a).

radiodifusión y la comunicación al público en directo de su interpretación o ejecución; la fijación en directo de su interpretación o ejecución; la reproducción de esta fijación si se hizo sin su consentimiento, o la reproducción si se realizó con fines distintos a los autorizados.⁴⁷

2.8. ACUERDO SOBRE LOS ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO (ADPIC)

Es el anexo 1C del Convenio mediante el cual se crea la Organización Mundial del Comercio (OMC) firmado en 1994. Este Acuerdo incorpora como principios fundamentales los propios del Convenio de la Unión de París, del Convenio de Berna, del Convenio de Roma sobre derechos conexos y del Tratado de Washington sobre Semiconductores.

Por otra parte, el Acuerdo abarca cinco amplias cuestiones:⁴⁸

- a) Cómo deben aplicarse los principios básicos del sistema de comercio y otros acuerdos internacionales sobre propiedad intelectual.
- b) Cómo prestar protección adecuada a los derechos de propiedad intelectual.
- c) Cómo deben los países hacer respetar adecuadamente esos derechos en sus territorios.
- d) Cómo resolver las diferencias en materia de propiedad intelectual entre Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC).
- e) Disposiciones transitorias especiales durante el período de establecimiento del nuevo sistema.

⁴⁷ Convención de Roma de 1961. Artículo 7°. Numeral 1°.

⁴⁸ Disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm7_s.htm. Consultado el día 8 de junio de 2010.

IV. FACULTADES OTORGADAS POR EL DERECHO DE AUTOR

1. CONTENIDO DEL DERECHO DE AUTOR

La obra protegida por el Derecho de Autor se encuentra regulada bajo un tipo de propiedad, de características particulares, que proviene del intelecto humano y refleja la personalidad de su creador.

Estas características implican que el Derecho de Autor no se agota al otorgar potestades de carácter meramente patrimonial para que el creador se beneficie de la explotación de la obra, sino que le otorga además una serie de prerrogativas de carácter moral. Esto permite inferir que el Derecho de Autor presenta una estructura dual de derechos que nacen para el autor desde el momento mismo de creación de la obra, y su contenido se divide de la siguiente manera: a) Derechos morales y b) Derechos patrimoniales.

1.1. DERECHOS MORALES

Los derechos morales contienen prerrogativas que pretenden proteger intereses personalísimos que tiene el autor sobre su obra. Estas facultades presentan en la actualidad una gran importancia, especialmente en las corrientes ideológicas del sistema continental debido al papel prioritario que ocupa el autor frente a su creación con quien adquiere una relación “padre o madre - hijo”.

El desarrollo de las potestades de carácter moral ha adquirido tal significación que actualmente las facultades contenidas en ellas se reputan como normas de orden

público⁴⁹, a las cuales el autor no puede renunciar, y que lo acompañan de manera vitalicia, e incluso después de su muerte cuando son ejercidas por sus herederos.

El derecho moral propio del autor se encuentra expresamente reconocido en dos estipulaciones normativas de carácter internacional y de enorme relevancia de la siguiente manera:

La Declaración Universal de los Derechos Humanos señala: “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”⁵⁰

Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece el derecho de toda persona a “Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”⁵¹

Ahora bien, con respecto a la protección otorgada por los derechos morales, es necesario señalar que, aunque en términos generales, el nacimiento del Derecho de Autor coincide con el de la obra⁵², éste no corresponde necesariamente a la terminación de la obra, a su elaboración total, sino al comienzo del acto creador por parte del autor. Esta situación implica que el derecho moral iniciará su protección desde el mismo momento en que la obra comienza a ser desarrollada, sin importar si su finalización ocurre al poco tiempo o años después, pues el derecho moral protege la

⁴⁹ Así lo manifiesta el doctrinante Ernesto Rengifo García en su libro “Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor”. Bogotá D.C.: Universidad Externado de Colombia. D’Vinni Editorial Ltda.; 1997. p.60.

⁵⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948. Artículo 27 numeral 2°. En línea: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

⁵¹ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Artículo 15 literal c). En línea: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>

⁵² ALLFELD, Philipp. “Del Derecho de Autor y del Derecho de Inventor”. Bogotá D.C.: Editorial Temis; 1982.

relación del autor con su obra desde el momento mismo en que se vislumbran los primeros esbozos de la misma.

1.1.1. Características de los derechos morales

La característica más notoria de los derechos morales es la referente al hecho de ser extrapatrimoniales, e implica que el derecho moral como tal no puede ser estimado en dinero. Es necesario aclarar en este punto que aunque a veces factores como el buen nombre del autor u otros similares puedan aumentar el provecho económico obtenido con la explotación de la obra esto no implica que el derecho moral en sí (derecho de paternidad correspondiente al nombre del autor) sea valorable en dinero.

Los derechos morales se caracterizan además por tener carácter absoluto. Esto significa que se ejercen *erga omnes*, lo que implica que son oponibles a cualquier persona, por lo que el titular puede enfrentar a todos los demás con el fin de restablecer este derecho en cabeza suya, incluso a quien haya recibido el pleno derecho patrimonial sobre la obra⁵³.

Ahora bien, en este punto también es importante considerar que las transmisiones entre vivos relacionadas con Derechos de Autor no pueden bajo ninguna circunstancia involucrar derechos morales, pues estos no son susceptibles de ser cedidos ni transmitidos. Esto implica a su vez que los derechos morales no podrán ser embargables, expropiables o ejecutables.

Por último, los derechos morales cuentan con la característica de ser perpetuos. La perpetuidad hace referencia a algo “Que dura y permanece para siempre”⁵⁴. Para doctrinantes como Ernesto Rengifo, esta característica se refiere a cierto “control” *post mortem* por parte del autor, situación que se manifiesta en que derechos como la

⁵³LIPSZYC, Op. cit., p. 157.

⁵⁴ Diccionario de la Lengua Española. En línea: <http://www.rae.es/rae.html>.

paternidad e integridad de la obra corresponderán al cónyuge y a los herederos consanguíneos de éste⁵⁵. Nosotros consideramos que se refiere directamente a la imprescriptibilidad de los mismos, pues su duración trasciende la vida del autor y no se agota a pesar de que hayan sido o no ejercidos.

1.1.2. Clasificación

a) Derecho de paternidad

Concede al autor la facultad de exigir que su nombre o seudónimo aparezca en un lugar visible de la obra siempre que ésta sea reproducida o transformada. Esta facultad permite que se reconozca al autor su condición de creador y protege por tanto de manera directa la profunda relación existente entre éste y el producto de su creatividad y desarrollo original.

En el Convenio de Berna se encuentra establecido de la siguiente manera: “Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho a reivindicar la paternidad de la obra...”⁵⁶

b) Derecho al respeto de la integridad de la obra

Hace referencia al derecho que tiene el autor de evitar que la integridad de la obra se vea afectada por motivo de cualquier tipo de modificación, mutilación o deformación. Estas modificaciones están prohibidas siempre y cuando afecten la reputación, buen nombre del autor o el mérito de la obra. Y se fundamenta en el derecho del autor a que su personalidad y pensamiento tal y como fueron plasmados no sean desnaturalizados.

⁵⁵ RENGIFO GARCÍA, Op. cit., p. 125.

⁵⁶ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Artículo 6.

En el orden internacional se encuentra plasmado así: “...el autor conservará el derecho a 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”.

En el orden nacional, Colombia se encuentra en el grupo de países que siguen la concepción objetiva⁵⁷ y que por tanto protegen contra modificaciones objetivamente comprobables que causen perjuicios al honor y reputación del autor⁵⁸.

c) Derecho de divulgación

Por este derecho se entiende la facultad que tiene el autor de decidir: Si dará a conocer la obra o la mantendrá reservada, y en caso de darla a conocer, en qué forma lo hará.

Esta prerrogativa corresponde al autor, pues es únicamente él quien puede establecer si su obra se encuentra terminada y si desea que el público la conozca.

Resulta importante aclarar que la divulgación de la obra implica que salga del ámbito personal del autor, que sea conocida por un número indeterminado de personas y que el autor manifieste su consentimiento. Esto quiere decir que la obra puede llegar a conocimiento de un círculo cercano de personas que rodean al creador, de manera privada, o con el fin de contratar con alguna de ellas la explotación económica de la misma, lo que por sí solo no equivaldría a divulgación.

⁵⁷ LIPSZYC, Op. cit., p. 169.

⁵⁸ Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor. Artículo 30 literal b.

d) Derecho de arrepentimiento

Corresponde a la facultad que tiene el autor de retirar la obra de circulación aunque la haya autorizado previamente, por arrepentimiento o retractación. En caso de que el autor decida suspender una utilización de su obra ya autorizada podrá hacerlo de igual manera, pero previa indemnización a los titulares del derecho de explotación por los daños ocasionados.

Este derecho se relaciona directamente con la posibilidad que tiene el autor de decidir sobre la divulgación de su obra y se fundamenta al igual que éste en la posibilidad de que el autor cambie de parecer con respecto a lo creado.

1.2. DERECHOS PATRIMONIALES

El derecho patrimonial, tal y como su nombre lo indica, contiene una serie de prerrogativas de carácter económico que pretenden proteger los intereses económicos derivados de la obra, y cuyo titular puede ser el autor mismo o una persona ajena que eventualmente haya sido delegada para tener la titularidad de este tipo de derechos. El fundamento de este tipo de protección se halla entonces en el derecho que tiene toda persona de recibir una remuneración a cambio de su trabajo.

Ahora bien, en la legislación Colombiana, y específicamente en la Ley 23 de 1982 que regula en materia de Derechos de Autor, no se encuentran establecidas taxativamente las prerrogativas que concede este derecho; la tendencia entonces en la mayoría de países del sistema continental es que los derechos patrimoniales sobre la obra son tantos como posibilidades de utilizar la obra existan, tal y como veremos más adelante en sus características.

1.2.1. Características de los derechos patrimoniales

A diferencia de los derechos morales, la duración en el tiempo de los derechos patrimoniales es limitada y no perpetua o perenne (tema en el que profundizaremos al hablar de la duración de la protección). De igual manera los derechos patrimoniales si pueden ser objeto de transmisión o cesión, a cualquier título y en cabeza de cualquier otra persona. Esto significa que el autor tiene la posibilidad de renunciar a ellos por escrito, y que los derechos podrán ser entonces objeto tanto de medida cautelar como de embargos llegado el caso.

Los derechos patrimoniales cuentan además con una característica fundamental que señala que no se encuentran sujetos a *numerus clausus*. Esta característica se refiere al hecho de que si bien la mayoría de legislaciones mencionan de manera detallada los distintos derechos patrimoniales existentes, este listado no es cerrado o taxativo, por lo que los derechos de explotación de la obra serán tantos como formas de utilización de la misma sean posibles. De esta manera el hecho de que alguna forma de utilizar la obra no se encuentre mencionada no implica que el autor no pueda disponer de ella.

1.2.2. Clasificación

Los derechos patrimoniales se presentan en cuatro grandes categorías que se subdividen a su vez en una serie de formas de utilización de la obra, innumerables tal y como se mencionó anteriormente. Las categorías principales son las siguientes:

- a) Derecho de reproducción
- b) Derecho de comunicación pública
- c) Derecho de transformación
- d) Derecho de distribución

a) Derecho de reproducción

Es uno de los más tradicionales e importantes de los derechos patrimoniales. La profesora Delia Lipszyc lo define como “la facultad de explotar la obra en su forma original o transformada, mediante su fijación material en cualquier medio y por cualquier procedimiento que permita su comunicación y la obtención de una o de varias copias de todo o parte de ella”⁵⁹

Este derecho incluye a su vez la posibilidad de editar la obra y cualquier forma de fijación de la misma, incluso por supuesto, en un medio electromagnético.

De esta manera, bajo el entendido de que los derechos patrimoniales no son taxativos, es procedente analizar el artículo 3 de la Ley 23 de 1982, puesto que cuenta con una gran importancia al momento de ubicar al *software* bajo la perspectiva de protección de los Derechos de Autor. Reza el artículo mencionado:

“Artículo 3.- Los Derechos de Autor comprenden para sus titulares las facultades exclusivas: a) De disponer de su obra a título gratuito u oneroso bajo las condiciones lícitas que su libre criterio les dicte; b) De aprovecharla, con fines de lucro o sin él, por medio de la imprenta, grabado, copias, molde, fonograma, fotografía, película cinematográfica, videograma, y por la ejecución, recitación, representación, traducción, adaptación, exhibición, transmisión o cualquier otro medio de reproducción, multiplicación o difusión conocido o por conocer; {...}”⁶⁰

Como se puede observar, la redacción de la parte final del literal b. del artículo en mención permite incluir a los programas de computador o *software*, cuya forma de reproducción era nueva en un principio, pero que permite ser incluida en la

⁵⁹ LIPSZYC, Op. cit., p. 169.

⁶⁰ Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor. Artículo 3.

regulación de las obras literarias, por contar con un método de reproducción ahora conocido.

b) Derecho de comunicación pública

Este derecho otorga la facultad exclusiva a su titular de interpretar públicamente la obra de diferentes maneras, incluidas la radiodifusión, fibra óptica, exposición pública o incluso la transmisión digital entre otras. Este derecho puede ser evidenciado en mayor medida en algunas obras que en otras.

La Decisión 351 con respecto a este derecho señala en su artículo 15 lo siguiente: “Se entiende por comunicación pública, todo acto por el cual una pluralidad de personas reunidas o no en el mismo lugar, pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas.”

De igual forma la Ley 23 de 1982 señala que el carácter público de la comunicación implica que la representación se efectuará ya sea fuera de un domicilio privado o incluso dentro de este siempre que sea proyectado por algún medio al exterior.

c) Derecho de transformación

Concede al autor la facultad de modificar su obra bien sea mediante arreglos o traducciones o llevándola de un género a otro. De igual forma, este derecho puede ser usado de manera más directa en algunas obras que en otras.

El doctrinante Ernesto Rengifo define este derecho de la siguiente manera: “El derecho de transformación consiste en la facultad exclusiva del autor de autorizar a otra persona la creación de obras derivadas como traducciones, adaptaciones,

arreglos musicales, revisiones, actualizaciones, compendios, resúmenes, extractos, colecciones y antologías.”

Ahora bien, con respecto a este derecho es necesario aclarar que la modificación de una obra debe realizarse, con la autorización del titular de los derechos de explotación, únicamente si la obra es de dominio privado. En caso de que la obra sea de dominio público quien la modifique será titular exclusivo de su propio trabajo y no requerirá contar con autorización alguna.

d) Derecho de distribución

Este derecho patrimonial implica para su titular la posibilidad de alquilar, importar o prestar su obra y puede ser definido de la siguiente manera: “El derecho de distribución consiste en la puesta a disposición del público del original o las copias de su obra mediante su venta, arrendamiento, préstamo, u otras formas de transferencia de la propiedad o de la mera tenencia del ejemplar de la obra.”

Ahora bien, debido a que consiste en un derecho de carácter restringido en cuanto hace referencia básicamente a originales o copias de la obra, lo que implica que la distribución debe hacerse por medios físicos, es necesario señalar que entran en juego también los nuevos soportes electrónicos tales como CD-ROOM o DVDs.

Por último pero no menos importante debe tenerse en cuenta que la persona (natural o jurídica) que por medio de venta, alquiler etc. pretenda distribuir una obra, deberá acreditar la respectiva autorización por parte del titular del respectivo derecho.

2. DURACIÓN DE LA PROTECCIÓN

Como hemos tratado anteriormente, los derechos morales son perpetuos, mientras que los derechos patrimoniales tienen cierta duración en el tiempo, la cual depende de la legislación de cada país; sin embargo, ha sido determinada como un mínimo convencional en la gran mayoría de los tratados y convenios internacionales en la materia.⁶¹

La protección que se concede al autor nace desde el mismo momento en que crea la obra, sin que para ello se requiera cumplir con formalidad jurídica alguna, es decir, que el ejercicio y goce del derecho de un autor sobre su obra no se encuentra condicionado a que ésta se registre. En conclusión, con la sola expresión del autor en el campo literario o artístico, la obra se encuentra protegida contra cualquier forma de utilización o explotación. No obstante lo anterior, el registro de Derechos de Autor, se constituye en un importante medio probatorio.

El Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias, Artísticas y Científicas, suscrito en 1886, y aprobado en Colombia mediante la Ley 33 de 1987, establece como término de protección la vida del autor y cincuenta años más después de su muerte. De igual forma, la Decisión 351 determina que la duración de la protección de los derechos reconocidos en ella, no será inferior a la vida del autor y cincuenta años después de su muerte.⁶²

En nuestro país, la legislación aplicable sobre Derechos de Autor, enmarcada en la Ley 23 de 1982, adicionada y modificada en algunos aspectos por la Ley 44 de 1993 y la Decisión Andina 351 del Acuerdo de Cartagena, contempla uno de los términos de protección más amplios del mundo, en cuanto determina que el término de protección

⁶¹ RÍOS RUIZ, Op. cit., p. 66.

⁶² Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 18.

será la vida del autor y ochenta años más tratándose de personas naturales, y para el caso de personas jurídicas el plazo de protección no será inferior a cincuenta años contados a partir de la realización, divulgación o publicación, de la obra, según el caso.

En igual sentido, respecto a los titulares de derechos conexos, es decir, artistas, intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas y organismos de radiodifusión, en caso de ser personas naturales, la protección tiene un término equivalente a la vida del titular de derechos conexos y ochenta años más después de su fallecimiento. “Relacionándose con titulares de derechos conexos personas jurídicas, el término de protección es de cincuenta años.”⁶³

Por otra parte, vale la pena resaltar que el Convenio de Berna, dispone en su artículo 5º que la protección en el país de origen se regirá por la legislación nacional. Sin embargo, aún cuando el autor no sea nacional del país de origen de la obra protegida por el presente Convenio, tendrá en ese país los mismos derechos que los autores nacionales.

Así mismo, este Convenio establece que en todos los casos, el término de protección será el establecido por la Ley del país en el que la protección se reclame; no obstante, que la legislación de este país no disponga otra cosa, la duración no excederá del plazo fijado en el país de origen de la obra.⁶⁴

⁶³ Término extendido por el artículo 2º de la Ley 44 de 1993 y los artículos 36, 38 y 41 de la Decisión Andina 351 de 1993.

⁶⁴ Convenio de Berna. Artículo 7. Numeral 8.

3. TRANSFERENCIAS DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Antes de dar inicio al desarrollo del siguiente tema, es importante aclarar lo siguiente:

- a) Solo son transferibles y disponibles los derechos patrimoniales.
- b) Las formas de disposición son independientes entre sí.

3.1. POR CAUSA DE MUERTE

El fallecimiento del autor, puede generar la transferencia tanto de los derechos morales como de los patrimoniales. Es de resaltar, que éste es el único caso en donde los derechos morales de paternidad e integridad son transferidos y serán ejercidos por la cónyuge supérstite, los herederos consanguíneos o, a falta de éstos, cualquier tercero que acredite la calidad de titular de los derechos patrimoniales sobre la obra.

De esta forma, la Ley 23 de 1982 en su artículo 4, literal e), establece que los causahabientes, a título singular o universal, que deje el autor, serán titulares de los derechos reconocidos por la Ley cuando llegue el momento. En consecuencia, fallecido el autor, sus legítimos herederos asumirán sus derechos patrimoniales y morales conforme se ha indicado.

No obstante, para que los herederos puedan ejercer los privilegios propios que brindan estos derechos y actuar como titulares, deberá haberseles adjudicado en proceso de sucesión, ya que antes simplemente tienen la calidad de presuntos herederos con unas expectativas sobre ciertos derechos.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor, mediante Concepto 2-2006-2940 de Marzo 23 de 2006, ha señalado los siguientes puntos, respecto a la transferencia de los Derechos de Autor por causa de muerte:

“[...] Si bien los derechos morales son intransferibles, una persona natural o jurídica diferente al autor puede tener la titularidad derivada de los derechos patrimoniales cuando los ha adquirido bien sea por acto entre vivos, por causa de muerte o por disposición legal.

“La transmisión de los derechos patrimoniales por causa de muerte del autor ocurrirá por vía testamentaria o a título de sucesión intestada, de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia...

“La sucesión por causa de muerte es uno de los modos de adquirir el dominio, por lo que resulta óptimo para la transferencia de los derechos patrimoniales de autor...”

3.2. POR ACTO ENTRE VIVOS

El autor como titular originario de los derechos tanto morales como patrimoniales que surgen desde el momento de la creación de una obra, incluido el *software*, tiene la facultad de decidir sobre dicha titularidad y por consiguiente, ésta puede trasladarse o radicarse en cabeza de otra persona natural o jurídica, ya sea haciendo uso de la libertad contractual y del acuerdo de voluntades entre vivos, o bien que el autor disponga por vía testamentaria de sus derechos teniendo en cuenta, que los únicos derechos de los que se le puede despojar son los de orden patrimonial.

3.2.1. Contrato de cesión

“La cesión es un contrato por medio del cual, el autor o titular de una obra, denominado cedente, transmite total o parcialmente sus derechos a otra persona, denominada cesionario, a cambio de una remuneración, o sin ella.”⁶⁵

Este contrato, se encuentra regulado por el artículo 182 y siguientes de la Ley 23 de 1982, y tiene como característica principal que el cedente se desprende de los derechos, convirtiendo al cesionario, por virtud de la transferencia, en el nuevo titular o titular derivado. De esta forma, al transferirse el Derecho de Autor mediante la cesión, el cesionario se transforma en titular del derecho, permitiéndole actuar en nombre propio, incluso en lo que respecta a entablar acciones judiciales contra los infractores. En el caso de que la cesión sea parcial, los autores conservarán las prerrogativas que no han transferido expresamente.

Por otra parte, es importante aclarar que la cesión es cualificada y sólo se perfecciona con el cumplimiento del requisito contemplado en el artículo 183 de la Ley 23.⁶⁶ Sin embargo, si los contratantes desean hacer oponible a terceros estos contratos, deberán inscribirlos en el Registro Nacional de Derecho de Autor.

3.2.2. Contrato de obra por encargo

En primer lugar, vale la pena diferenciar entre las obras que crean los empleados vinculados en virtud de una relación laboral o de un contrato de trabajo. En este último caso, el empleado es contratado para cumplir unas funciones específicas,

⁶⁵ Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/HTM/preguntas.htm#10>. Consultado el día 12 de junio de 2010.

⁶⁶ Artículo 183: “Todo acto de enajenación del Derecho de Autor sea parcial o total, debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario, instrumentos que, para tener validez ante terceros, deberán ser registrados en la oficina de registros de Derechos de Autor, con las formalidades que se establecen en la presente Ley.”

dentro de las cuales se encuentra precisamente de realizar para su empleador, producciones o creaciones protegidas por el Derecho de Autor. Por otra parte, frente a un contrato de prestación de servicios, la Dirección Nacional de Derecho de Autor – DNDA – ha determinado las siguientes pautas y criterios: ⁶⁷

“[...] En términos reconocidos por la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país “el contrato de prestación de servicios es un contrato atípico de naturaleza civil, fruto de la necesidad que tenían las personas de ofrecer mano de obra, como capital de trabajo, pero bajo una relación distinta a la subordinación propia del contrato laboral”

“Se entiende pertinente la anterior aclaración por cuanto la figura contractual de prestación de servicios resulta de alguna manera regulada en el artículo 20 de la Ley 23 de 1982, siempre que por su conducto es posible presumir la transferencia de derechos patrimoniales de autor.

“De tal manera, es necesario advertir que la presunción descrita por el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 se predica de forma limitada a los contratos de prestación de servicios, descartando de plano la posibilidad de hacer efectivo su contenido cuando se trate de contratos de trabajo.

En efecto el referido artículo señala: *“Cuando uno o varios autores, mediante contrato de servicios, elaboren una obra según un plan señalado por persona natural o jurídica y por cuenta y riesgo de ésta, solo percibirán, en la ejecución de ese plan, los honorarios pactados en el respectivo contrato. Por este solo acto, se entiende que el autor o autores transfieren los derechos sobre la obra, pero conservarán las prerrogativas consagradas en el artículo 30 de la presente Ley, en sus literales a) y b)”*.

⁶⁷ Dirección Nacional de Derecho de Autor. División Legal. Concepto 1-2004-21716 del 31 de diciembre de 2004.

Por ende, para que opere la presunción establecida en la citada disposición, es necesario que se den los siguientes supuestos:

- a) Que exista un contrato de prestación de servicios entre el autor y quien encarga la obra. Es importante aclarar, que la presunción establecida en la norma en comento, opera siempre que la obra se elabore en desarrollo de un contrato de prestación de servicios, quedando excluida cualquier otra forma de relación contractual como sería el caso del contrato de trabajo.
- b) Que la obra se elabore por cuenta y riesgo del contratante. Lo anterior significa que la persona que contrata la realización de la obra, asume los costos y suministra los elementos necesarios para desarrollar la creación.
- c) Que la obra se realice según el plan señalado por quien lo encargó. Es decir, que esta última persona debe predeterminar las condiciones de necesidad, características y atributos de la obra, y preestablecer los lineamientos de tiempos, modo y lugar en que se desarrollará la elaboración de la misma.

En consecuencia, la Dirección Nacional de Derecho de Autor – DNDA – afirma que si se dan los requisitos que constituyen la obra por encargo, "por ese sólo hecho" se presume que los derechos patrimoniales están en cabeza de quien encarga la elaboración de la obra. Al ser el artículo 20 de la Ley 23 de 1982 una norma especial, se aplica de manera preferente respecto de cualquier otra norma de carácter general. Así las cosas el contrato de prestación de servicios por medio del cual se encarga la elaboración de una obra, no requiere cumplir con las formalidades establecidas en el artículo 183 de la mencionada Ley 23. Por el contrario, para el caso de las obras desarrolladas y creadas en virtud de un contrato laboral, la DNDA de Colombia ha sostenido que éstas requieren cumplir con las formalidades establecidas en el artículo

183 de la Ley 23, es decir, el contrato de trabajo deberá constar por escrito, bien sea en escritura pública o en documento privado reconocido ante notario.

En este tema, vale la pena tocar las obras creadas por servidores públicos, toda vez que es de especial atención determinar cuáles son los derechos que ejerce el Estado sobre las creaciones desarrolladas por sus servidores, ya sea porque éstos se encuentran vinculados a él por medio de una relación legal o mediante una relación de prestación de servicios.

Al respecto, por disposición legal, la titularidad de derechos patrimoniales de las obras creadas por servidores públicos en ejercicio de sus funciones legales y constitucionales se radica en cabeza de la entidad pública correspondiente, y el servidor público conserva los derechos morales, con el compromiso de no ejercerlos de una manera incompatible con los derechos y obligaciones de la entidad pública.⁶⁸

En el mismo sentido, el artículo 1º de la Ley 44 de 1993, concedió la posibilidad para que los servidores públicos pudieran disponer de manera libre contractualmente con cualquier entidad de derecho público de las obras que crearan fuera de sus obligaciones constitucionales y legales.

3.2.3. Contrato de edición

Este contrato consiste básicamente, en la autorización que el autor o titular de derechos otorga a un tercero persona natural o jurídica, denominada editor, para que reproduzca, publique, distribuya y comercialice su obra, a cambio de una compensación económica. Por su lado, el editor se compromete a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo.⁶⁹

⁶⁸ Ley 23 de 1982. Artículo 91.

⁶⁹ RÍOS RUIZ, Op. cit., p. 91.

De esta forma, podemos afirmar que el contrato de edición no es un acto de enajenación o transferencia del derecho⁷⁰, sino una modalidad de licencia o de autorización; por lo tanto, no requiere de formalidad alguna, a diferencia de lo que ocurre cuando existe enajenación, cesión o transferencia total o parcial de derechos patrimoniales de autor (Artículo 183, Ley 23 de 1982 y Artículo 17, parágrafo 1º, Decreto 460 de 1995.). No obstante, este contrato deberá constar por escrito, toda vez que el artículo 107 de la Ley 23 establece un mínimo de requisitos con los que debe contar todo contrato de edición.

La Dirección Nacional de Derecho de Autor – DNDA –, ha determinado las características del contrato de edición de la siguiente manera: ⁷¹

- a) Es un contrato consensual; es decir de forma libre, ya que se perfecciona por el sólo acuerdo de voluntades sobre los elementos de la esencia del mismo. El tema del escrito no es para su perfeccionamiento, sino como medio de prueba, para hacer constar las estipulaciones, pero no es necesario para su existencia.
- b) Es un contrato bilateral, porque surgen obligaciones para ambas partes.
- c) Es un contrato esencialmente oneroso, porque tiene por objeto la utilidad o beneficio de ambos contratantes.
- d) Es conmutativo, porque las prestaciones de cada parte se miran como equivalentes.
- e) Es un contrato *intuitu personae*, donde la consideración de la parte resulta fundamental; de ahí que salvo autorización expresa del autor o titular, el editor no podría ceder su posición contractual.
- f) Es un contrato de ejecución sucesiva porque requiere del transcurso del tiempo para el cumplimiento natural de sus prestaciones.

⁷⁰ Ley 23 de 1982. Artículo 119. “Por el solo contrato de edición no se transfiere en ningún momento el Derecho de Autor; por lo que se presumirá entonces que el editor solo podrá publicar las ediciones convenidas y en defecto de estipulación, una sola.”

⁷¹ Dirección Nacional de Derecho de Autor. División Legal. Concepto 2-2006-7857.

- g) Es un contrato principal, porque para su subsistencia no requiere de otro contrato.
- h) Es un contrato típico, ya que se encuentra regulado en nuestra legislación en el Capítulo VIII de la Ley 23 de 1982.
- i) Eventualmente, podría incluir cláusulas de exclusividad a favor del editor, siempre que con ello no se afecte la libre competencia, ni se vulneren los derechos del autor o titular. En todo caso, siempre requeriría de pacto expreso.

Por último, es importante aclarar que el contrato de edición, puede darse por terminado por diferentes situaciones consagradas en el mismo contrato o por disposición de la Ley, en cuanto a disposiciones supletorias, a falta de previsión de las partes. Otro evento en que se puede terminar el contrato es el contemplado en el artículo 121 de la Ley 23.⁷²

4. RÉGIMEN DE EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR

Las excepciones y limitaciones son restricciones que impone la Ley al ejercicio del Derecho de Autor con el propósito de garantizar el ejercicio de otros derechos como el de información, educación o investigación.⁷³

En consecuencia, la legislación sobre Derechos de Autor permite, para casos especiales, reproducir o utilizar obras sin solicitar autorización, siempre y cuando sea para uso personal, para fines de información, para fines culturales o de educación, entre otros. De igual forma, estas limitaciones y excepciones se circunscriben a los casos taxativamente definidos en la Ley.

⁷² Artículo 121. "Cualquiera que sea la duración convenida para un contrato de edición, si los ejemplares autorizados por él hubieren sido vendidos antes de la expiración del contrato se entenderá que el término del mismo ha expirado."

⁷³En línea: http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=50

Al respecto, el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT), señala que “las partes contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”⁷⁴

Es importante señalar que de conformidad con el artículo 9 del Convenio de Berna, todo régimen de limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, se encuentra sujeto a la denominada *regla de los tres pasos*, por lo tanto, cualquier conducta desarrollada deberá cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Que el evento o excepción esté claramente descrito y delimitado de antemano.
- b) Que la conducta desarrollada no atente a la normal explotación o comercialización de la obra
- c) Que la conducta desarrollada no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor o titular de la obra.

A continuación haremos una breve exposición de los casos contemplados tanto en nuestra legislación interna como en la comunitaria:

4.1. EL DERECHO DE CITA

Es la potestad con la cual cuenta el usuario de obras para utilizar breves fragmentos de estas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, se realice de acuerdo con los usos honrados (es decir, que en desarrollo de dicha cita no se atente contra la

⁷⁴ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor. Artículo 10.

normal explotación de la obra, ni se cause un perjuicio injustificado al autor) y en la medida que exista una proporcionalidad entre el fin perseguido y el uso de la obra.⁷⁵

El numeral 1º del artículo 10 del Convenio de Berna dispone que *“son lícitas las citas tomadas de una obra que se haya hecho lícitamente accesible al público, a condición de que se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga, comprendiéndose las citas de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas de prensa.”*

Por su parte, la Decisión Andina 351 establece en su artículo 22, la posibilidad de citar en una obra apartes de otras obras publicadas, en los siguientes términos: *“Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga”*

4.2. REPRODUCCIÓN CON FINES DE ENSEÑANZA

La Decisión Andina 351 de 1993 consagra en su literal b) del artículo 22 una excepción específica, en la cual los beneficiarios son en general toda clase de instituciones de enseñanza, tanto de nivel básico primaria, secundaria, educación superior, técnica, tecnológica como de educación no formal. La norma citada dice: *b) Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.*

⁷⁵ Directiva 005 del 29 de Agosto de 2006 de la Alcaldía Mayor de Bogotá. En línea: www.alcaldiabogota.gov.co

Es importante señalar que el numeral 2 del artículo 10 del Convenio de Berna, tiene un contenido más amplio respecto a la excepción comentada, toda vez que menciona las publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales.

Por último, el Convenio de Berna y la Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena, exigen que la excepción se haga dentro de un uso honrado de la obra y que la reproducción obtenida no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso y que no tenga directa o indirectamente fines de lucro.

4.3. REPRESENTACIONES O EJECUCIONES EN INSTITUCIONES DE ENSEÑANZA

“Realizar la representación o ejecución de una obra en el curso de las actividades de una institución de enseñanza por el personal y los estudiantes de tal institución, siempre que no se cobre por la entrada ni tenga algún fin lucrativo directo o indirecto, y el público esté compuesto exclusivamente por el personal y estudiantes de la institución o padres o tutores de alumnos y otras personas directamente vinculadas con las actividades de la institución”⁷⁶

Al respecto, señalamos que para que se aplique esta excepción, deben concurrir los siguientes elementos:

- a) Debe tratarse de actividades o eventos académicos destinados a satisfacer las necesidades de política social.
- b) Ausencia o falta de ánimo de lucro directo o indirecto.
- c) Los destinatarios de la representación o ejecución deben ser personas vinculadas de manera directa con la institución de enseñanza.

Por otra parte, el artículo 164 de la Ley 23 de 1982, modificado mediante el artículo 84 de la Ley 962 de 2005, extendió la excepción en comento, a favor de los

⁷⁶ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 22. Literal j)

comerciantes detallistas cuando realizan ejecuciones o representaciones con fines estrictamente personales sin obtener alguna contraprestación económica por dicha ejecución.

4.4. EXCEPCIÓN A FAVOR DE BIBLIOTECAS Y ARCHIVOS

El literal c) del artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993 contempla esta excepción de la siguiente manera:

“[...] c) Reproducir en forma individual, una obra por una biblioteca o archivo cuyas actividades no tengan directa ni indirectamente fines de lucro, cuando el ejemplar respectivo se encuentre en la colección permanente de la biblioteca o archivo, y dicha reproducción se realice con los siguientes fines:

- 1) Preservar el ejemplar y sustituirlo en caso de extravío, destrucción o inutilización;
- o,
- 2) Sustituir, en la colección permanente de otra biblioteca o archivo, un ejemplar que se haya extraviado, destruido o inutilizado.”

4.5. REPRODUCIR UNA OBRA PARA ACTUACIONES JUDICIALES O ADMINISTRATIVAS.

Esta excepción y limitación se encuentra regulada por el literal d) del artículo 22 de la Decisión 351 y busca específicamente que no se pueda restringir el acceso libre a toda clase de obra o contenido cuando éste sea necesario para probar o determinar responsabilidades dentro de las actuaciones civiles, penales o administrativas adelantadas por los estamentos judiciales.⁷⁷

⁷⁷ RÍOS RUIZ, Op cit., p. 121 y 122.

4.6. REPRODUCCIÓN DE NORMAS JURÍDICAS

El artículo 41 de la Ley 23 de 1982 señala que es permitido a todos reproducir la Constitución, leyes, decretos, ordenanzas, acuerdos, reglamentos, demás actos administrativos y decisiones judiciales, bajo la obligación de conformarse puntualmente con la edición oficial, siempre y cuando no esté prohibido.

4.7. COPIA PRIVADA Y COPIA PARA USO PERSONAL

El artículo 37 de la Ley 23 de 1982 contempla esta figura como otra excepción y limitación al Derecho de Autor: *“Es lícita la reproducción, por cualquier medio, de una obra literaria o científica, ordenada u obtenida por el interesado en un solo ejemplar para su uso privado y sin fines de lucro.”*

Sobre esta disposición es importante precisar que se trata de una limitación y excepción de interpretación restrictiva, toda vez que en su redacción permite de manera expresa la copia para uso privado mediante la reproducción de una obra literaria o científica, sin mencionar las obras artísticas.

Por otra parte, consideramos necesario establecer la diferencia entre los conceptos de copia para **uso privado** y copia para **uso personal**, señalando que el artículo 3º de la Decisión 351 de 1993 define uso personal como *“Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.”*

Mientras que “el concepto de uso privado manejado por la Ley 23 es un concepto amplio, pues implica que la reproducción se puede hacer en una órbita privada, pero en la que puede concurrir un número plural de personas.”⁷⁸

De esta forma, la diferencia radica en la cantidad de personas que pueden acceder a la reproducción o utilización de una obra.

4.8. REPRODUCCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA DE ARTÍCULOS DE ACTUALIDAD

*Esta excepción está referida a “f) Reproducir y poner al alcance del público, con ocasión de las informaciones relativas a acontecimientos de actualidad por medio de la fotografía, la cinematografía o por la radiodifusión o transmisión pública por cable, obras vistas u oídas en el curso de tales acontecimientos, en la medida justificada por el fin de la información”*⁷⁹

De esta forma, se permite la reproducción de los artículos de actualidad siempre y cuando sobre estos no exista algún tipo de reserva, es decir, que no se encuentre expresamente prohibido; sin embargo, en el evento en que se permita la reproducción debe citarse el autor y la fuente.

4.9. PUBLICACIÓN DE RETRATO

La Ley 23 de 1982, sobre Derecho de Autor, establece en el artículo 36 que “*La publicación del retrato es libre cuando se relaciona con fines científicos, didácticos o culturales en general o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieren desarrollado en público.*”

⁷⁸ RÍOS RUIZ, Op cit., p. 123.

⁷⁹ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 22 Literal f).

4.10. REPRODUCCIÓN O COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS SITUADAS EN LUGARES PÚBLICOS O ABIERTOS AL PÚBLICO

Esta excepción tiene su fundamento en el hecho de que las obras protegidas se encuentran o en lugares públicos o abiertos al público, que por tanto reportan una potencialidad de uso no restringido por cualquier persona.⁸⁰ El artículo 22, literal h, de la Decisión Andina, dispone: *“h) Realizar la reproducción, emisión por radiodifusión o transmisión pública por cable, de la imagen de una obra arquitectónica, de una obra de las bellas artes, de una obra fotográfica o de una obra de artes aplicadas, que se encuentre situada en forma permanente en un lugar abierto al público”*

Elementos:

- a) Hacer uso justo del evento contemplado como excepción
- b) La obra respectiva debe encontrarse situada de forma permanente en un lugar público.
- c) La vocación de permanencia debe ser evidente y clara.

4.11. OTRAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES

La Decisión Andina 351 en su artículo 22 consagra otras excepciones y limitaciones al Derecho de Autor:

- g) Reproducir por la prensa, la radiodifusión o la transmisión pública, discursos políticos, así como disertaciones, alocuciones, sermones, discursos pronunciados durante actuaciones judiciales u otras obras de carácter similar pronunciadas en público, con fines de información sobre los hechos de actualidad, en la medida en que

⁸⁰ RÍOS RUIZ, Op cit., p. 130.

lo justifiquen los fines perseguidos, y conservando los autores sus derechos a la publicación de colecciones de tales obras;

i) La realización, por parte de los organismos de radiodifusión, de grabaciones efímeras mediante sus propios equipos y para su utilización en sus propias emisiones de radiodifusión, de una obra sobre la cual tengan el derecho para radiodifundirla. El organismo de radiodifusión estará obligado a destruir tal grabación en el plazo o condiciones previstas en cada legislación nacional;

k) La realización de una transmisión o retransmisión, por parte de un organismo de radiodifusión, de una obra originalmente radiodifundida por él, siempre que tal retransmisión o transmisión pública, sea simultánea con la radiodifusión original y que la obra se emita por radiodifusión o se transmita públicamente sin alteraciones.”

V. PRINCIPIOS O CRITERIOS ORIENTADORES DEL DERECHO DE AUTOR

Para lograr un cabal entendimiento de la Teoría del Derecho de Autor, es necesario estudiar los principios o criterios en los que se fundamenta su estructura jurídica. Estos principios permiten comprender de una mejor manera la oportunidad de aplicación de este conjunto de normas y por tanto hacen posible dimensionar la protección otorgada a la obra por este instituto jurídico.

A continuación serán enunciados los criterios orientadores y rectores generales a los que se encuentra sujeta la protección de todo tipo de obras en Colombia, incluido por supuesto el *software* que es amparado bajo la figura de obra literaria.

1. PROTECCIÓN A LA FORMA Y NO A LAS IDEAS

Este criterio orientador, surge desde el comienzo mismo del estudio de materia, y establece claramente que el Derecho de Autor no protege las ideas como tales (a pesar de lo novedosas que puedan llegar a ser), sino la forma en que estas ideas son expresadas por el autor, quien las encuentra circulando libremente en la sociedad y les agrega elementos propios de su intelecto y capacidad creativa convirtiéndolas en obras.

La ausencia de este principio, implicaría que el Derecho de Autor, fuera utilizado como instrumento para la obstrucción del proceso creativo y la monopolización de las ideas.

Tenemos entonces que el Derecho de Autor protege la exteriorización y manifestación de esas ideas propias de cada persona que terminan por plasmarse en obras concretas. Así lo dispone el Artículo 7 de la Decisión 351 cuando señala que: “Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas,

explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras. No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”⁸¹

En el mismo sentido se pronuncia la Ley 23 de 1982 al señalar: “Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta Ley protege exclusivamente la forma literaria, plástica o sonora, como las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas en las obras literarias, científicas y artísticas.”⁸² Y de igual manera sobre el mismo principio el Convenio de Berna señala: “Ámbito de protección del Derecho de Autor: La protección del Derecho de Autor abarcará las expresiones, pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.”⁸³

Con respecto a este tema se ha pronunciado también la Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) mediante Concepto 2-2005-9839 del 13 de octubre de 2005, en él explica este criterio de la siguiente manera: “La protección del Derecho de Autor recae sobre la obra como expresión del espíritu del autor y no se protegen las ideas que son fuente de creación. Las ideas circulan libremente en la sociedad de donde el autor las toma y agregándoles elementos de su individualidad las convierte en obras [...] En efecto, el Derecho de Autor no puede conceder derechos exclusivos que tengan como objeto las ideas, por el contrario, debe propender a establecer un equilibrio entre ese interés particular de los autores frente al interés público de la sociedad al libre acceso al conocimiento y a la cultura, que en últimas, constituye el motor de desarrollo de los pueblos y lo que genera la producción de las obras del intelecto. Lo que protege el Derecho de Autor no es más que la forma en que se expresan las ideas, informaciones y opiniones, en su sentido preciso, quedando en

⁸¹ Decisión 351 de 1993. Artículo 7.

⁸² Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor. Artículo 6.

⁸³ Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT) de 1996. Artículo 2.

libertad los particulares de tomar esos mismos contenidos y desarrollarlos y expresarlos en diferente forma.”⁸⁴

La existencia de este principio se fundamenta en la esencia misma del Derecho de Autor como fomentador del desarrollo, la creación de obras y la inventiva del hombre en general. De esta manera, la no-protección de las ideas promueve la capacidad creativa, e impide que la promulgación y difusión de las ideas pueda ser obstaculizada o incluso monopolizada. “El Derecho de Autor, ha contribuido y sigue contribuyendo a la expansión espiritual de la humanidad, alentando la creatividad intelectual y estimulando, para beneficio general, la difusión en todo el mundo de las expresiones del arte, el saber y la información.”⁸⁵

La aplicación de este criterio permite afirmar que es posible que un tema pueda ser tratado por diferentes autores y que una idea ya plasmada en alguna obra pueda ser utilizada infinitas veces, sin que por ello se incurra necesariamente en una violación de esta materia. Lo importante será entonces, la manera como este autor plasme sobre esas ideas su creatividad, haciendo que la obra contenga una expresión original, lo que nos conduce al siguiente criterio orientador.

2. ORIGINALIDAD

Este criterio se constituye como condición necesaria para la protección de una obra. Si la obra no es original, no se encuentra protegida bajo ninguna circunstancia por el Derecho de Autor, allí radica la especial importancia de este principio.

⁸⁴ Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) de Colombia. Concepto 2-2005-9839 del 13 de octubre de 2005. Disponible en: <http://www.derechodeautor.gov.co/htm/Legal/Servicios/Conceptos/Listado.htm>.

⁸⁵ Declaración de la Unión de Berna, citada por OLSSON, Henry. “La OMPI en la protección de los derechos intelectuales”. Memoria del II Congreso Internacional de la Protección de los Derechos Intelectuales, Ed. Publicaciones Universidad Javeriana, Bogotá, 1987. Pág. 5. Citado por GARTNER, Valencia María Luz y JARAMILLO VELOSA, Juan Carlos. “El artista de la música en Colombia: Un problema del derecho frente a la cultura”; 1989. p. 45. En línea: www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS23.pdf

Sin embargo, y pese a su importancia, este criterio rector no se encuentra definido en la normativa de Derechos de Autor aplicable en Colombia, y esto sumado a su carácter subjetivo, hace que sea considerado como un principio de difícil comprensión y aplicación, tal y como lo manifiesta en su obra la autora Delia Lipszyc: “La originalidad es una noción subjetiva; algunos autores prefieren utilizar el término individualidad en lugar de originalidad por considerar que expresa más adecuadamente la condición que el derecho impone para que la obra goce de protección: que tenga algo de individual y propio de su autor.”⁸⁶

¿En qué radica entonces que una obra pueda ser considerada o no original?

Pues bien, la teoría del Derecho de Autor frente a este tema permite considerar la originalidad desde dos concepciones distintas, cada una fundamentada en un sistema jurídico diferente a saber: a) Originalidad subjetiva: Proveniente del sistema continental o Civil Law. b) Originalidad objetiva: Proveniente del Derecho de Autor del sistema anglosajón o Common Law.

2.1. ORIGINALIDAD SUBJETIVA

El concepto de originalidad subjetiva se aplica en los países en que rige el Sistema Jurídico Continental tales como Colombia, y la mayoría de países de América Latina y Europa.

Esta noción se caracteriza por resaltar el papel fundamental del autor frente a la obra, razón por la cual se puede afirmar que, será suficiente para estar protegida, que la misma sea original y pueda ser individualizada al expresar o manifestar características propias de su autor quien imprime en ella su impronta personal.

⁸⁶ LIPSZYC, Op. cit., p. 65.

Según lo anterior, la originalidad de una obra residirá, en su manifestación particular y creativa, por lo que bastará con que no sea plagio de otra y que por tanto implique para el creador un esfuerzo intelectual y creativo en su desarrollo.

La originalidad así comprendida no debe tomarse como sinónimo de la palabra novedad, sino más bien de los términos individualidad o singularidad. Esto quiere decir, que la obra para ser protegida no requiere ser novedosa pues el Derecho de Autor no lo exige, sin embargo, si lo fuera, debería ir en todo caso acompañada del requisito de individualidad que sí es condición necesaria para la protección.

Como puede observarse es fundamental en la teoría de la originalidad subjetiva que la obra lleve consigo el sello personal del creador, que en otras palabras implica el reflejo de la personalidad de éste en su obra. Esta situación ha llevado a algunos doctrinantes a manifestarse en contra de la originalidad subjetiva, al considerar que es imposible aplicar este concepto a obras como el *software* tal y como lo manifiesta en su obra Ernesto Rengifo al señalar: “Esta teoría ha sido objeto de críticas por cuanto se ha afirmado que el origen de un trabajo, en muchas ocasiones, no es un reflejo perfecto de la personalidad de su creador: Podría un mapa geográfico reflejar la personalidad de su creador? Es un programa de computador una manifestación de la personalidad del autor? Además, se ha sostenido que un trabajo es interpretado de manera diferente por cada persona cuando es puesta en contacto con la creación y que la percepción depende de las circunstancias bajo las cuales tal contacto tiene lugar.”⁸⁷

Personalmente consideramos que la tesis de Ernesto Rengifo no es completamente acertada, pues si bien es más evidente el reflejo de la personalidad de un autor en obras especialmente de carácter artístico tales como libros, pinturas, cortometrajes o composiciones musicales, también es cierto que para obras como el *software*, su

⁸⁷ RENGIFO GARCÍA, Op. cit., p. 81.

desarrollador de una u otra manera plasmará su personalidad al escoger las características únicas tanto de apariencia como de funcionamiento que llevará el programa de computador por él creado.

No debe olvidarse en cambio que “La determinación de si una obra es original constituye una cuestión de hecho. La originalidad no puede apreciarse de la misma manera en todas las obras...”⁸⁸

2.2. ORIGINALIDAD OBJETIVA

El concepto de originalidad objetiva es el aceptado en los países en los que rige el Sistema Anglosajón tales como los Estados Unidos de América.

Bajo esta concepción de originalidad la novedad se constituye como un requisito indispensable para poder acceder a la protección bajo el sistema de patentes otorgada en estos países a las invenciones dentro del cual se incluye al *software*. Se tiene entonces que la invención deberá ser en un sentido objetivo novedosa.

La originalidad objetiva se enmarca en el sistema de *Copyright*, cuyo carácter es esencialmente económico, a diferencia del Derecho de Autor del sistema Continental, en el que tienen alta importancia los derechos morales, y el sentido paternalista del autor frente a su obra.⁸⁹

⁸⁸ LIPSZYC, Op. cit., p. 66.

⁸⁹ REAL MÁRQUEZ, Monserrat. “El requisito de la originalidad en los Derechos de Autor”. En: http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf: “A pesar de los intentos armonizadores a nivel internacional, para una adecuada delimitación del concepto de "originalidad" es necesario situarse ante dos grandes sistemas jurídicos claramente diferenciados; como son el Derecho Continental y el Derecho Anglosajón. Estos ordenamientos mantienen diferentes concepciones jurídicas caracterizadas, a rasgos generales, en que mientras el Common Law otorga una valoración superior a los derechos económicos, el Derecho Continental pone el acento en los derechos individuales de las personas. Este planteamiento da lugar a dos pensamientos sobre la propiedad intelectual; los Derechos de Autor propios del Derecho Continental, y el copyright del Derecho Anglosajón. Los cuales, a su vez, conciben de distinta manera la originalidad, lo que obligaría a un estudio separado de los mismos. Estudio que no es objeto del presente trabajo, por lo que enunciaremos someramente las diferencias entre ambos para posteriormente

De esta manera es posible inferir que no es necesario que la obra lleve la impronta personal de su creador, sino que basta con que el solicitante sea el primero en presentar su invención para ser patentada. Se presumirá entonces la autoría en cabeza de quien patente la invención por primera vez, y quien quiera desestimarla, deberá probarlo.

3. NO IMPORTA EL MÉRITO NI LA DESTINACIÓN O FIN DE LA OBRA

La disciplina del Derecho de Autor no tiene interés alguno en que la obra tenga algún mérito, es decir sea buena o mala, para otorgar protección, pues esta determinación es de carácter netamente subjetivo y corresponde al público o usuario de la obra en cuestión y no al Derecho.

Al respecto enuncia la Decisión 351 en su artículo 1º lo siguiente: “Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.”⁹⁰

De igual manera, la obra se encuentra protegida sin importar el fin para el cual fue creada sea académico, industrial, cultural, artístico, científico o literario.

Esta determinación resulta bastante importante para los programas de computador que generalmente tienen un fin utilitario o industrial, razón por la cual muchos autores afirman que su protección debería hallarse en el área de la Propiedad Industrial y especialmente en el régimen de patentes en el que se requiere

centraremos en los Derechos de Autor y en las diferentes concepciones que nos ofrece.” Consultado el día 1 de junio de 2010.

⁹⁰ Decisión 351 de 1993. Artículo 1.

específicamente, y entre otras cosas, que el invento a patentar tenga aplicación industrial, requisito que es cumplido por regla general en el *software*. En esta discusión nos adentraremos más adelante.

Por último, tampoco presenta importancia alguna dentro del Derecho de Autor, que la obra sea expresada de una u otra forma, sea por escrito, de forma oral, fijada en una cinta o como es el caso del *software* por medio del desarrollo de códigos, pues así lo establece la Decisión 351 al señalar en su artículo 4º que: “La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer.”⁹¹

4. AUSENCIA DE FORMALIDADES PARA LA PROTECCIÓN

Este principio permite comprender que la protección de una obra se da desde el momento mismo de su creación, de manera inmediata, y sin necesidad de cumplir con requisito de formalidad o registro alguno. En otras palabras: “La creación es el título originario del Derecho de Autor.”⁹²

Según lo anterior es posible afirmar que, en el Derecho de Autor, el registro tiene un carácter meramente declarativo de los derechos del creador, situación que permite vislumbrar una diferencia con el régimen de Propiedad Industrial, en el cual el registro ante un ente administrativo es necesario y tiene carácter constitutivo.

Es importante también tener en cuenta que el registro de las obras fue exigido en los orígenes del Derecho de Autor por diferentes legislaciones. En el caso de Colombia, la Ley 86 de 1946 establecía el registro como mecanismo constitutivo de derechos, por lo que cualquier obra que no estuviera inscrita en el Registro Nacional de Derechos de

⁹¹ Decisión 351 de 1993. Artículo 4.

⁹² LIPSZYC, Op. cit., p. 68. Pág. 68.

Autor carecía de protección. Esta situación cambió definitivamente con la expedición del Convenio de Berna en el que se estableció el criterio de protección inmediata, razón por la cual, la mayoría de legislaciones, incluida Colombia, tuvieron que modificar sus regulaciones contradictorias de tal manera que se encontraran en consonancia con el mismo, esta situación influyó además en la unificación de criterios al respecto.

El texto del Convenio de Berna estipula lo siguiente: "...2) El goce y el ejercicio de estos derechos no estarán subordinados a ninguna formalidad y ambos son independientes de la existencia de protección en el país de origen de la obra. Por lo demás, sin perjuicio de las estipulaciones del presente Convenio, la extensión de la protección así como los medios procesales acordados al autor para la defensa de sus derechos se regirán exclusivamente por la legislación del país en que se reclama la protección."⁹³

El artículo 52 de la Decisión 351 de 1993 contiene este principio en los siguientes términos: "La protección que se otorga a las obras literarias y artísticas, interpretaciones y demás producciones salvaguardadas por el Derecho de Autor y los Derechos Conexos, en los términos de la presente Decisión, no estará subordinada a ningún tipo de formalidad. En consecuencia, la omisión del registro no impide el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos en la presente Decisión."⁹⁴

Se expidió entonces en Colombia la Ley 23 de 1982, que convierte el registro de las obras en un mecanismo declarativo "La protección que esta Ley otorga al autor, tiene como título originario la creación intelectual, sin que se requiera registro alguno. Las formalidades que en ella se establecen son para la mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos que se protegen".⁹⁵

⁹³ Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas. Artículo 5.

⁹⁴ Decisión 351 de 1993. Artículo 52.

⁹⁵ Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor. Artículo 9.

Esta Ley significó además grandes avances dentro de la legislación Colombiana, al incluir entre otros, temas novedosos para la época, como el tratamiento dado a los programas de computador *software*.

Queda entonces claro, que una obra estará protegida por el Derecho de Autor independientemente de su registro, pues este tendrá únicamente uso declarativo. Además se debe tener presente que cualquier medio de prueba, dentro de los que se encuentra el registro, podrá ser utilizado en un eventual proceso judicial para demostrar la autoría y/o titularidad. La importancia de registrar la obra radica entonces en la seguridad jurídica que éste proporciona, tal y como lo manifiesta Ernesto Rengifo: “El registro de obras busca brindarles mayor seguridad jurídica a los titulares de derechos, y tiene por objeto en el caso de actos y contratos revestirlos de las condiciones de publicidad y oponibilidad frente a terceros.”⁹⁶

⁹⁶ RENGIFO GARCÍA, Op. cit., p. 28.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL *SOFTWARE*

1. INTRODUCCIÓN

A finales de la década de los cuarenta, surge en el mundo una de las creaciones con mayor relevancia en la historia de la humanidad: Las computadoras. Su creación trajo consigo no sólo un enorme impacto social, sino que implicó además, desde sus orígenes, el dilema en el mundo jurídico de determinar un sistema normativo propicio, y que brindara la protección adecuada tanto a este nuevo bien como a sus usuarios.

Ahora bien, es necesario señalar en este punto, que la evolución de las computadoras se ha dado a pasos agigantados, lo que ha tenido directas implicaciones en la forma de protección jurídica que reciben, pues la normativa desarrollada ha tenido que adaptarse desde sus orígenes hasta el día de hoy a los avances que sobre la materia se presentan continuamente.

La protección jurídica de las computadoras surge así, en una primera instancia, bajo el entendido de que tanto el *software* como el *hardware* se encuentran unidos en un solo elemento, que implica que la parte física y su soporte lógico no pueden ser separados. Tenemos entonces que los ordenadores eran vendidos de manera conjunta con los programas, lo que significaba que su protección legal se enmarcaba en el derecho de Propiedad Industrial pues el *software* era considerado simplemente una parte integrante de la computadora.

Años después y por diversos motivos surge una separación total en la producción de *hardware* y *software*, que marca el inicio de dos industrias completamente diferentes cada una con grandes utilidades, lo que terminaría por desencadenar en la necesidad

de que los programas de computador tuvieran una protección jurídica diferente, surgiendo así una dicotomía jurídica de protección Derechos de Autor – Propiedad Industrial.

Hoy en día, más de medio siglo después del surgimiento de la primera generación de computadoras, la tendencia generalizada en el mundo es la correspondiente a la protección legal del *software* desde la perspectiva de los Derechos de Autor, sin embargo, no son pocos quienes se encuentran en contra de esta teoría y proponen volver a la protección desde la perspectiva de la Propiedad Industrial, o incluso la creación de un régimen *sui generis* que acoja las características propias del *software*.

Al respecto se pronuncia el doctrinante Ernesto Rengifo, al señalar: “...Sin embargo, hoy nos encontramos en pleno desarrollo de la quinta generación de computadores (inteligencia artificial-redes neuronales), y pese a que se ha generalizado la tendencia de brindarle protección jurídica al soporte lógico *software* mediante el Derecho de Autor, este punto no es todavía pacífico y aún existen algunas voces que propugnan que el sistema más adecuado de tutela de esta singular clase de creación sea la vía de la propiedad industrial que otorgue una patente de invención o de modelo de utilidad, o quizás una protección por la vía de las informaciones confidenciales (secreto industrial), o por qué no, la creación de un régimen especial o *sui generis* para el soporte lógico (*software*), que se una al originario método de protección que conoció esta clase de creación por medio de los mecanismos contractuales.”⁹⁷

⁹⁷ RENGIFO GARCÍA, Op. cit., p. 253.

2. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL *SOFTWARE* EN LOS PRINCIPALES CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se ha tratado durante el desarrollo de este trabajo, el *software* se encuentra regulado por una serie de normativas tanto de carácter nacional como internacional, que ubican su rango de protección dentro de las denominadas obras literarias pertenecientes al ámbito de los Derechos de Autor.

Esta protección se encuentra enmarcada principalmente en dos convenios internacionales, los cuales se han constituido en un referente necesario para la legislación desarrollada en la materia.

El primero de ellos es el Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor (WCT) firmado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996 que en su artículo 4 reza: *“Artículo 4, Programas de Ordenador: Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”*

El segundo de ellos, es el Acuerdo de la Ronda de Uruguay propuesto por la Organización Mundial del Comercio, también conocido como ADPIC, que en su Anexo 1c, Sección 1 y 2, artículo 10 se pronuncia de la siguiente manera:

“Artículo 10. Programas de ordenador y compilaciones de datos:

1. Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971).

2. *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.*”

3. EL SOFTWARE EN LA LEGISLACIÓN INTERNA COLOMBIANA SOBRE DERECHOS DE AUTOR

Según el doctrinante Wilson Rafael Ríos Ruiz, en Colombia el primer documento sobre Derechos de Autor es el Acta de la Federación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada de 1811, antecedente mediato que da por resultado la expedición de la Ley del General Santander, el 10 de Mayo de 1834, la cual en su artículo 16 incluyó el Derecho de Autor, al disponer: *“La propiedad de las producciones literarias y algunas otras”*. Este mismo artículo incluyó un texto que permitiría cobijar bajo las normas del Derecho de Autor, las obras futuras que se materializaran por medio de mecanismos no conocidos en ese momento, es decir, no limitaron el Derecho de Autor con el avance de la tecnología, para el caso que nos ocupa, se incluye el soporte lógico *software*.

Por su parte, la Constitución de 1886 consagró en el artículo 35 la protección a las creaciones del intelecto, determinando que la propiedad literaria y artística, sería protegida por el tiempo de vida del autor y ochenta años más después de su muerte, siendo transferibles los derechos sobre ésta. Dicha norma constitucional encontró su desarrollo legal en la Ley 32 del mismo año, la cual estuvo vigente en nuestro país hasta el año 1946.

Posteriormente, con la expedición de la Ley 86 de 1946 se regularon aspectos tan importantes y novedosos para la época, como la difusión de obras a través del

fonógrafo y el cinematógrafo, y contempló la figura del registro de Derechos de Autor como mecanismo constitutivo de derechos. Sin embargo, con el fin de armonizar la normativa interna con los postulados del Convenio de Berna, en 1982 se expidió la Ley 23, la cual convirtió la institución del registro en declarativo de derechos y desarrolló en sus 260 artículos avances tan importantes, como el tratamiento dado al soporte lógico (*software*).

De esta forma, en nuestra legislación, la protección del *software* se ubica en el artículo 2º de la Ley 23 de 1982.⁹⁸ Con base en este artículo, la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia - DNDA – se ha pronunciado en repetidas oportunidades, al señalar que el soporte lógico (*software*) es una obra protegida por el Derecho de Autor en los mismos términos que las obras literarias, toda vez que es susceptible de ser reproducida y definida por un medio conocido o por conocer.⁹⁹

Más adelante, el Decreto 1360 de 1989 ¹⁰⁰ describió de manera más específica los programas de computador y reglamentó la inscripción del soporte lógico (*software*) en el Registro Nacional de Derechos de Autor.

Por último, vale la pena destacar que este Decreto establece en su artículo 7º que la protección que otorga el Derecho de Autor al soporte lógico (*software*) no excluye otras formas de protección por el derecho común, como pueden ser las disposiciones contractuales, las normas sobre informaciones confidenciales e incluso las normas sobre derecho de la competencia (competencia desleal y prácticas restrictivas del comercio).

⁹⁸ Ley 23 de 1982. Artículo 2º. "Los Derechos de Autor recaen sobre las obras científicas literarias y artísticas las cuales comprenden todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación..."

⁹⁹ Dirección Nacional del Derecho de Autor (DNDA) de Colombia. Concepto 1-2007-1292 del 22 de enero de 2007.

¹⁰⁰ Decreto 1360 de 1989. Artículo 1º. "De conformidad con lo previsto en la Ley 23 de 1982 sobre Derechos de Autor, el soporte lógico (*software*) se considera como una creación propia del dominio literario."

4. UTILIZACIONES PERMITIDAS Y PROHIBIDAS DEL SOFTWARE SEGÚN LA DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993.

El sistema jurídico creado internacionalmente para la protección y defensa del Derecho de Autor y los derechos conexos, exige un equilibrio perfecto en el que se contraponen, de una parte, unos derechos exclusivos a favor del creador de las obras, en este caso particular del soporte lógico (*software*), y/o titular de derechos, y de la otra, unas limitaciones y excepciones a dichos derechos exclusivos, las cuales se encuentran ampliamente reguladas en los tratados internacionales sobre la materia, en la legislación comunitaria andina, y en la Ley colombiana.

En este orden de ideas, se ha establecido un principio fundamental para orientar el sentido y el alcance de las limitaciones y excepciones al Derecho de Autor, este principio o norma mencionado en el Capítulo IV de esta Tesis, se conoce como la “Regla de los Tres Pasos”.

4.1. USOS PERMITIDOS

La Decisión Andina 351 de 1993 establece en su artículo 24 que *“el propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa siempre y cuando:*

a) Sea indispensable para la utilización del programa; o,

b) Sea con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando ésta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.”

Por su parte, el artículo 25, señala que no está prohibida la reproducción de un programa de computador, siempre y cuando sea realizada como copia de seguridad.¹⁰¹

La Decisión 351, tampoco considera reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato, para efectos de su exclusivo uso personal.¹⁰²

Por último, el artículo 27, aclara que no constituye transformación del programa de computador, la adaptación que realiza el usuario para su exclusiva utilización.

4.2. USOS PROHIBIDOS

Se encuentran prohibidas las siguientes actuaciones:

- a) La reproducción que se haga de un programa de computador, inclusive para uso personal, cuando tal utilización se efectúe sin la autorización previa y expresa del autor o titular de los derechos.
- b) El aprovechamiento que realicen de un programa de computador varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del legítimo titular de los derechos.

Las anteriores infracciones aplican tanto en los programas operativos como en los aplicativos, ya sea que se expresen mediante el código fuente o el código objeto.

¹⁰¹ Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 25. “La reproducción de un programa de ordenador, incluso para uso personal, exigirá la autorización del titular de los derechos, con excepción de la copia de seguridad.”

¹⁰² Decisión Andina 351 de 1993. Artículo 26. Inciso 1°.

5. CÓDIGO PENAL COLOMBIANO (LEY 599 DE 2000)

El Código Penal Colombiano consagra a partir del Título VIII, Capítulo Único, artículos 270 y 271, las sanciones aplicables a quienes cometan infracciones contra los derechos morales y patrimoniales de autor.

De esta forma, el artículo 270, establece una pena de prisión de dos (2) a cinco (5) años y una multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes para quien:

“1. Publique, total o parcialmente, sin autorización previa y expresa del titular del derecho, una obra inédita de carácter literario, artístico, científico, cinematográfico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

2. Inscriba en el registro de autor con nombre de persona distinta del autor verdadero, o con título cambiado o suprimido, o con el texto alterado, deformado, modificado o mutilado, o mencionando falsamente el nombre del editor o productor de una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.

3. Por cualquier medio o procedimiento compendie, mutile o transforme, sin autorización previa o expresa de su titular, una obra de carácter literario, artístico, científico, audiovisual o fonograma, programa de ordenador o soporte lógico.”

Por su parte, el artículo 271 contempla los eventos en los que existe defraudación a los derechos patrimoniales de autor:

“1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

2. Represente, ejecute o exhiba públicamente obras teatrales, musicales, fonogramas, videogramas, obras cinematográficas, o cualquier otra obra de carácter literario o artístico sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

3. Alquile o de cualquier otro modo comercialice fonogramas, videogramas, programas de ordenador o soportes lógicos u obras cinematográficas, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

4. Fije, reproduzca o comercialice las representaciones públicas de obras teatrales o musicales, sin autorización previa y expresa del titular de los derechos correspondientes.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular.

6. Retransmita, fije, reproduzca o por cualquier medio sonoro o audiovisual divulgue, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de los organismos de radiodifusión.

7. Recepcione, difunda o distribuya por cualquier medio, sin autorización previa y expresa del titular, las emisiones de la televisión por suscripción.”

Respecto a la violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones, el artículo 272 determina que incurrirá en multa quien:

“1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.

2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.

3. Fabrique, importe, venda, arriende o de cualquier forma distribuya al público un dispositivo o sistema que permita descifrar una señal de satélite cifrada portadora de programas, sin autorización del distribuidor legítimo de esa señal, o de cualquier forma de eludir, evadir, inutilizar o suprimir un dispositivo o sistema que permita a los titulares del derecho controlar la utilización de sus obras o producciones, o impedir o restringir cualquier uso no autorizado de éstos.

4. Presente declaraciones o informaciones destinadas directa o indirectamente al pago, recaudación, liquidación o distribución de derechos económicos de autor o derechos conexos, alterando o falseando, por cualquier medio o procedimiento, los datos necesarios para estos efectos.”

6. DERECHOS DE AUTOR VS. PROPIEDAD INDUSTRIAL: PATENTES

La batalla entre las teorías que propenden por el Derecho de Autor y las que por el contrario manifiestan que la protección más adecuada se da en el marco de la Propiedad Industrial bajo la figura de Patentes, surge desde el origen mismo del *software* como programa de computador autónomo, pues su nacimiento implicó la llegada de un bien completamente nuevo para la época, producido por la inteligencia humana y con un alto desarrollo financiero, por lo que su adecuada protección era indispensable.

Fue así como surgieron progresivamente las dos teorías principales: “Las opiniones se dividieron. Los autoritalistas insistían en que el programa de ordenador no tenía carácter literario o artístico. Temían que su incorporación al Derecho de Autor terminara debilitando una construcción jurídica edificada con tanto esfuerzo.”

Con el paso de los años y la publicación de estudios encargados por la OMPI y la UNESCO, se fue imponiendo la opinión de que la protección del *software* por Derechos de Autor era posible. “Se reconoció que el programa de ordenador constituye una obra del intelecto resultante de un proceso creativo similar al que demanda una obra literaria o un libro cinematográfico que, cuando es original en su composición y en su expresión, está protegido por el Derecho de Autor”.¹⁰³

Fue así como muchos países modificaron sus Leyes de Derechos de Autor para incluir al *software* o programa de ordenador; otros como Estados Unidos de América, sancionaron Leyes estableciendo la protección por medio de *Copyright*, y países como Colombia, en los que las obras protegidas no están sujetas a *numerus clausus*, lo protegen por Derechos de Autor sin modificación alguna.

¹⁰³ LIPSZYC, Op. cit., p. 107.

7. CRÍTICAS Y DEFENSA AL DERECHO DE AUTOR

Críticas a la protección del <i>software</i> por el Derecho de Autor	Defensa a la protección del <i>software</i> por el Derecho de Autor
El <i>software</i> no puede ser conocido de manera directa por el ser humano.	Que el <i>software</i> sea considerado una obra no se encuentra supeditado a que pueda ser legible directamente, otros tipos de obra también requieren aparatos electrónicos por ejemplo para su lectura.
El <i>software</i> tiene un carácter netamente utilitario, lo que lo excluye del mundo artístico o mundo de lo bello.	En el Derecho de Autor el valor, destino, forma de la obra entre otros se constituyen como criterios ajenos al reconocimiento de protección. No todas las obras están en el orden de lo bello.
El <i>software</i> requiere que sus ideas originarias se encuentren protegidas. El Derecho de Autor no protege las ideas.	En el sistema de patentes las ideas tampoco se encuentran protegidas pues sería contraria a la esencia de la Propiedad Intelectual este tipo de restricción, por lo que el sistema de Patentes no solucionaría esta situación.
El Derecho de Autor tutela únicamente el aspecto formal del <i>software</i> , deja sin protección su contenido.	El Derecho de Autor no protege solo la expresión formal del <i>software</i> sino también su contenido.
En términos generales, los plazos de protección otorgados al <i>software</i> por el Derecho de Autor, son sumamente extensos en relación con la duración de los programas mismos.	La estructura del Derecho de Autor admite la posibilidad de plazos más cortos para ciertas categorías de obras. En Francia por ejemplo se prevé protección sólo por 25 años para el <i>software</i> Logiciel.

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

<p>Los usuarios de <i>software</i> requieren copias de resguardo de sus programas, posibilidad que no prevé el sistema de Derechos de Autor.</p>	<p>Se asimila a la copia privada, figura empleada en otros tipos de obras protegidas por el Derecho de Autor.</p>
<p>La naturaleza del Derecho de Autor se ve afectada al incluir forzosamente al <i>software</i>, sin que este se acomode completamente a este esquema de regulación.</p>	<p>El <i>software</i> se acomoda al Derecho de Autor pues este protege a todas las obras que puedan reproducirse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, además su desarrollo se hace a partir de un lenguaje escrito.</p>

CONCLUSIONES

1. Debido a su carácter singular, el *software* ha provocado en el mundo jurídico distintas reacciones y planteamientos, surgiendo así una multiplicidad de medios de tutela postulados por diferentes doctrinas, dentro de las cuales sobresalen: a. Propiedad Industrial y b. Derechos de Autor.
2. El Derecho de Autor es el sistema de protección adoptado en Colombia para los programas de computador. Esta tendencia no es solo aplicable en Colombia sino en los países de tendencia latina.
3. La protección jurídica del *software* en Colombia se rige bajo las mismas normas de protección de las obras literarias en Derechos de Autor. El programa de computador es considerado una obra literaria, al surgir a partir de un escrito, compuesto por códigos y símbolos, en lenguaje de programación.
4. El *software* como bien intangible, es susceptible de ser protegido por normas nacionales y supranacionales especiales como la Ley 23 de 1982, la Decisión Andina 351 de 1993, partiendo del hecho de que las normas relacionadas con la propiedad privada común, no protegen esta clase de bienes.
5. No hay pronunciamientos suficientes emitidos por las Altas Cortes colombianas que permitan crear una línea jurisprudencial sobre la regulación jurídica del *software*, las pocas sentencias referidas al tema mencionan simplemente generalidades del Derecho de Autor enfocadas a la protección de otro tipo de obras.
6. Es necesario que el legislador actualice la Ley 23 de 1982, pues debido a su fecha de expedición, anterior a la Constitución Política de 1991, su contenido no

contempla temas referidos a los últimos avances tecnológicos, como por ejemplo el entorno digital y virtual.

7. Los pilares en los que se sustenta la adopción del Derecho de Autor por la normativa nacional son: a) Otorga seguridad jurídica fundamentada básicamente en la garantía de aplicación de un ordenamiento jurídico conocido y difundido a nivel mundial, el cual permite por esta razón evitar que se introduzcan normas nuevas sin haber agotado el alcance de las ya existentes. b) Conserva la idea fundamental de no-protección a las ideas expresadas en el programa de computador desarrollado, evitando así una restricción injustificada de su producción.
8. Existe presión por parte de las grandes empresas desarrolladoras de *software*, quienes pretendiendo obtener un monopolio de explotación y evitar que terceros hagan uso de su creación, propugnan por la protección que otorga el sistema de patentes.
9. Quienes se oponen a la teoría del Derecho de Autor se fundamentan en las siguientes razones: a) El *software* no puede ser conocido de manera directa por el ser humano. b) Tiene un carácter netamente utilitario. c) Requiere que sus ideas originarias se encuentren protegidas. d) Los plazos de tutela otorgados al *software*, son sumamente extensos en relación con la duración de los programas mismos, ocasionando que el término de protección se torne inoperante.
10. La negociación y transferencia de derechos patrimoniales de autor en materia de *software* requiere el cumplimiento de ciertas formalidades constitutivas establecidas por la normativa para la existencia del contrato mismo, las cuales comúnmente son desconocidas por los sujetos negociales, lo que conlleva a incertidumbre jurídica e ineficacias contractuales.

11. Como consecuencia de la vinculación del *software* al Derecho de Autor, los creadores de dichos programas tienen dos clases de derechos, unos morales y otros patrimoniales, siendo los primeros aquellos a los cuales se les concede una mayor importancia, lo que no ocurre en la protección común otorgada a la propiedad privada para bienes materiales.

12. El Derecho de Autor es el medio de tutela más apropiado para la protección del *software* en Colombia; no obstante, su desconocimiento y falta de actualización repercuten de manera directa en el surgimiento de situaciones desventajosas para los desarrolladores de *software*, todo esto ligado con las escasas políticas de protección y de fomento para autores y creadores existentes en el país.

BIBLIOGRAFÍA

Alcaldía Mayor de Bogotá. Directiva 005 del 29 de agosto de 2006.

ALLFELD, Philipp. El Derecho de Autor y el Derecho del Inventor. Traducción al español por Ernesto Volkening. Monografías Jurídicas. Bogotá D.C., Ed. Temis, 1982.

AULA. Curso de orientación escolar INFORMATICA. España, Madrid, Ed. Cultural, 1995.

BUITRAGO LÓPEZ, Elker. Derecho Intelectual. Bogotá D.C., Librería Ediciones del Profesional, 2003

CARDENAS PEREZ, Pablo Emilio. Comentarios sobre Propiedad Intelectual. Bogotá D.C., Editorial Cosmos J.P.A., 2003

CARRANZA TORRES, Martín y BRUERA, Horacio. Software propietario y software libre ¿Opciones compatibles o posiciones irreductibles? Artículo publicado el martes 14 de octubre de 2008 en el periódico La Ley de Buenos Aires, Argentina.

CECOLDA, Centro Colombiano del Derecho de Autor. ¿Qué es una obra?: http://www.cecolda.org.co/index.php?option=com_content&task=blogcategory&id=7&Itemid=50

CHAPARRO Beltrán Fabio y colaboradores. Manual sobre la propiedad intelectual de productos derivados de la actividad académica en universidades y centros de investigación. Universidad Nacional de Colombia – Conciencias. Bogotá 1997.

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

CHARRIA GARCIA, Fernando. “DERECHOS DE AUTOR EN COLOMBIA”. Ediciones Instituto Departamental de Bellas Artes. Cali. 2001.

Departamento Nacional de Derechos de Autor, Circular No. 05 del 9 de octubre de 2001.

Constitución Política de Colombia.

Convención de Roma de 1961.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas.

Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN.

Decisión 486 DE 2001 de la Comunidad Andina de Naciones – CAN.

Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Decreto 1360 de 1989.

Diccionario de la Real Academia Española.

DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. Génesis y Evolución del Derecho de Autor. Ministerio de Gobierno, Bogotá D.C., 1995.

DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. División Legal. Concepto 1-2004-21716 del 31 de Diciembre de 2004.

Régimen jurídico aplicable al *software* en Colombia.

DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. División Legal. Concepto 2-2005-9839 del 13 de octubre de 2005

DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. División Legal. Concepto 2-2006-7857 del 10 de agosto de 2006

DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. División Legal. Concepto 1-2007-1292 del 22 de enero de 2007.

DIRECCIÓN NACIONAL DEL DERECHO DE AUTOR. División Legal. Concepto 2-2007-2452 del 01 de marzo de 2007.

Gaceta del Congreso No. 719 de fecha 12 de agosto de 2009.

Gaceta del Congreso No. 966 de fecha 24 de septiembre de 2009.

Gaceta del Congreso No. 308 de fecha 8 de junio de 2010.

Ley 23 de 1982.

Ley 44 de 1993.

LIPSZYC, Delia. Derechos de Autor y Derechos Conexos. UNESCO, CERLALC ZAVALIA, Buenos Aires Argentina, 2001.

MACHLUP, Fritz. An Economic Review of the Patent System, Subcomm. On Patents, TradeMarks and Copyrights, of the committee on the Judiciary, 85 th Congress, 2d sess. The Intellectual Property System. Boston – USA. 1999

OMPI. Curso de la OMPI sobre Derecho de Autor y su protección en el Convenio de Berna y en la Convención de Roma. Ciudad de Panamá, 1994.

PACHÓN MUÑOZ, Manuel. Manual de Derechos de Autor. Bogotá D.C., Ed. Temis, 1998.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

REAL MÁRQUEZ, Monserrat. El requisito de la originalidad en los Derechos de Autor:
http://www.uaipit.com/files/publicaciones/0000001974_La%20originalidad-Art-uaipit2.pdf:

RENGIFO GARCÍA, Ernesto. Propiedad Intelectual. El moderno Derecho de Autor. Universidad Externado de Colombia, Bogotá D.C., D'Vinni Editorial Ltda., 1997.

REY VEGA, Carlos. La propiedad Intelectual como bien inmaterial. Bogotá D.C., Ed. Leyer, 2005.

ROGEL VIDE, Carlos. Nuevos estudios sobre propiedad intelectual. Ed. J.M. BOSCH Barcelona, 1998.

RÍOS RUIZ, Wilson Rafael. La Propiedad Intelectual en la Era de las Tecnologías. Universidad de los Andes. Bogotá D.C., Ediciones Uniandes. Editorial Temis, 2009.

RIOS RUIZ, Wilson Rafael. Derecho de Internet & Telecomunicaciones – 2003. Coautor. Coeditados por Legis S.A., y la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, ISBN 958 – 653 – 366 – 2.

Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (WCT, 1996).

GLOSARIO

- | | | | |
|-----|--------------------------|-----|-------------------------|
| 1. | Algoritmo | 26. | Monopolio |
| 2. | Autor | 27. | Normas de orden público |
| 3. | Caducidad | 28. | Novedad |
| 4. | Cita | 29. | Obra |
| 5. | Código fuente | 30. | Obra literaria |
| 6. | Código objeto | 31. | Open source |
| 7. | Convenio | 32. | Ordenador |
| 8. | Copia | 33. | Originalidad |
| 9. | Copia de seguridad | 34. | Patente de invención |
| 10. | Creatividad | 35. | Patrimonial |
| 11. | Derecho de Autor | 36. | Persona jurídica |
| 12. | Dibujo | 37. | Persona natural |
| 13. | Divulgación | 38. | Principio |
| 14. | Editor | 39. | Programa |
| 15. | Extrapatrimonial | 40. | Propiedad |
| 16. | Hardware | 41. | Propiedad Industrial |
| 17. | Idea | 42. | Propiedad Intelectual |
| 18. | Individualidad | 43. | Publicación |
| 19. | Informática | 44. | Registro |
| 20. | Integridad (de la obra) | 45. | Reproducción |
| 21. | Invención | 46. | Soporte lógico |
| 22. | Lenguaje de Programación | 47. | Sui generis |
| 23. | Licencia | 48. | Usos honrados |
| 24. | Marca | 49. | Uso personal |
| 25. | Modelo de utilidad | 50. | Utilitario |

GLOSARIO

A

Algoritmo: Conjunto preescrito de instrucciones o reglas bien definidas, ordenadas y finitas que permite realizar una actividad mediante pasos sucesivos que no generen dudas a quien lo ejecute.

Autor: Persona física que realiza una creación intelectual.

C

Caducidad: Extinción de una facultad o de una acción por el mero transcurso de un plazo configurado por la ley como carga para el ejercicio de aquellas.

Cita: Nota de ley, doctrina, autoridad o cualquier otro texto que se alega para prueba de lo que se dice o refiere.

Código Fuente: Texto que contiene las instrucciones del programa, escritas en el lenguaje de programación. Se trata de un archivo de texto legible que se puede copiar, modificar e imprimir sin dificultad.

Código Objeto: Resultado de la compilación del código fuente. Puede ser en lenguaje máquina o bytecode.

Convenio: Acuerdo de dos a más personas destinado a crear, transferir, modificar o extinguir una obligación.

Copia: Soporte material que contiene la obra, como resultado de un acto de reproducción.

Copia de seguridad: Copia total o parcial de información importante del disco duro, CDs, bases de datos u otro medio de almacenamiento.

Creatividad: Facultad de crear.

D

Derecho de Autor: Conjunto de normas que protegen al autor como creador de una obra en el campo literario y artístico.

Dibujo: Delineación, figura o imagen ejecutada en claro y oscuro, que toma nombre del material con que se hace.

Divulgación: Hacer accesible la obra al público por cualquier medio o procedimiento.

E

Editor: 1. Persona que publica por medio de la imprenta u otro procedimiento una obra, ajena por lo regular, un periódico, un disco, etc., multiplicando los ejemplares. / 2. Persona que edita o adapta un texto.

Extrapatrimonial: Derecho subjetivo que no se ejerce sobre cosas o bienes, sino que tienen como soporte la persona misma o las relaciones de familia.

H

Hardware: Conjunto de los componentes que integran la parte material de una computadora.

I

Idea: Plan y disposición que se ordena en la fantasía para la formación de una obra.

Individualidad: Cualidad particular de alguien o algo, por la cual se da a conocer o se señala singularmente.

Informática: Conjunto de conocimientos científicos y técnicas que hacen posible el tratamiento automático de la información por medio de ordenadores.

Integridad (de la obra): “De este modo, se aspira a salvaguardar el derecho a la integridad de la obra, a que se conserven los elementos esenciales y a que ninguna persona o autoridad, ya deliberadamente o por falta de comprensión, altere su contenido.” (Definición de la Corte Constitucional mediante Sentencia No. SU-056/95)

Invención: Acción y efecto de inventar.

L

Lenguaje de programación: Lenguaje artificial que puede ser usado para controlar el comportamiento de una máquina, especialmente una computadora. Se compone de un conjunto de reglas sintácticas y semánticas que permiten expresar instrucciones que luego serán interpretadas.

Licencia: Contrato entre el licenciante y el licenciatario del programa informático, para utilizar un *software*, cumpliendo una serie de términos y condiciones establecidas dentro de sus cláusulas.

M

Marca: Se constituirá como marca, cualquier signo que sea apto para distinguir productos o servicios en el mercado.

Modelo de utilidad: Se considera modelo de utilidad, a toda nueva forma, configuración o disposición de elementos, de algún artefacto, herramienta, instrumento, mecanismo u otro objeto o de alguna parte del mismo, que permita un mejor o diferente funcionamiento, utilización o fabricación del objeto que le incorpore o que le proporcione alguna utilidad, ventaja o efecto técnico que antes no tenía.

Monopolio: Concesión otorgada por la autoridad competente a una empresa para que esta aproveche con carácter exclusivo alguna industria o comercio.

N

Normas de orden público: Normas de cumplimiento incondicional, que no pueden ser derogadas por las partes y, en las cuales el interés general de la sociedad y del Estado supedita el interés particular, para la protección de ciertas instituciones que tienen elevada importancia para el mantenimiento de la seguridad jurídica.

Novedad: Cualidad de nuevo. / Nuevo: Recién hecho o fabricado.

O

Obra: 1. Cualquier producto intelectual en ciencias, letras o artes, y con particularidad el que es de alguna importancia. / 2. Toda expresión humana producto del ingenio y del talento que se ve materializada de cualquier forma perceptible por los sentidos y de manera original. / 3. Toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.

Obra literaria: Toda creación expresada por escrito, mediante letras, signos o marcas convencionales.

Open Source: Literalmente, código abierto. Hace referencia al software libre, adscrito a la licencia GPL que permite ver, modificar y distribuir el código fuente.

Ordenador: Máquina electrónica dotada de una memoria de gran capacidad y de métodos de tratamiento de la información, capaz de resolver problemas aritméticos y lógicos gracias a la utilización automática de programas registrados en ella.

Originalidad: Cualidad de original. / Original: Dicho de una obra científica, artística, literaria o de cualquier otro género, Que resulta de la inventiva de su autor.

P

Patente de invención: Documento mediante el cual oficialmente se le reconoce a alguien una invención y los derechos que de ella se derivan.

Patrimonial: Pertenciente o relativo al patrimonio. / Patrimonio: Conjunto de bienes pertenecientes a una persona natural o jurídica, o afectos a un fin, susceptibles de estimación económica.

Persona jurídica: Persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente. (Artículo 633 del Código Civil Colombiano.)

Persona natural: Todo individuo de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición (Artículo 74 Código Civil Colombiano.)

Principio: Base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia.

Programa: Conjunto unitario de instrucciones que permite a un ordenador realizar funciones diversas, como el tratamiento de textos, el diseño de gráficos, la resolución de problemas matemáticos, el manejo de bancos de datos, etc.

Propiedad: Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales.

Propiedad Industrial: Conjunto de derechos que puede poseer una persona física o jurídica sobre una invención (patente, modelo de utilidad, topografía de productos semiconductores, certificados complementarios de protección de medicamentos y productos fitosanitarios), un diseño industrial, un signo distintivo (marca o nombre comercial), etc.

Propiedad Intelectual: Conjunto de derechos que corresponden a los autores y a otros titulares respecto de las obras y prestaciones fruto de su creación.

Publicación: Producción de ejemplares puestos al alcance del público con el consentimiento del titular del respectivo derecho.

R

Registro: El que tiene por objeto inscribir y amparar los derechos de autores, traductores o editores de obras científicas, literarias o artísticas.

Reproducción: Copia de un texto, una obra u objeto de arte conseguida por medios mecánico.

S

Soporte lógico: Se conoce como *software* y comprende el conjunto de los componentes lógicos necesarios que hacen posible la realización de tareas específicas, en contraposición a los componentes físicos del sistema, llamados hardware.

Sui generis: Dicho de una cosa: De un género o especie muy singular y excepcional.

U

Usos honrados: Los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor.

Uso personal: Reproducción u otra forma de utilización, de la obra de otra persona, en un solo ejemplar, exclusivamente para el propio uso de un individuo, en casos tales como la investigación y el esparcimiento personal.

Utilitario: Pertenciente o relativo al utilitarismo / Utilitarismo: Actitud que valora exageradamente la utilidad y antepone a todo su consecución.

ANEXOS

1. Concepto Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) No. 2-2005-9839
2. Concepto Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) No. 2-2006-7857
3. Concepto Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA) No. 2-2007-2452
4. Circular No. 5 de Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA)
5. Decreto 162 de 1996
6. Decreto 460 de 1995
7. Decreto 1360 de 1989
8. Ley 23 de 1982
9. Ley 44 de 1993
10. Ley 545 de 1999
11. Sentencia C-1490-00
12. Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio Anexo 1C (ADPIC)
13. Convención de Roma de 1961
14. Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas
15. Decisión 351 Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos
16. Decisión 486 Común sobre Propiedad Industrial
17. Circular 1 - Oficina de Derechos del Autor de los Estados Unidos
18. Circular 61- Oficina de Derechos del Autor de los Estados Unidos
19. Tratado de la OMPI sobre Derecho De Autor (WCT)
20. Filtro final producto de los análisis jurisprudenciales realizados a sentencias emitidas por las Altas Cortes colombianas y a interpretaciones prejudiciales emitidas por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones.