

PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN LA LEY 23 DE 1982¹

José Daniel Sepúlveda Ruíz

La aparición de las nuevas tecnologías y el avance científico es un fenómeno que evoluciona vertiginosamente en el mundo actual, razón por la cual el ser humano ha desarrollado una serie de creaciones nuevas dentro de las cuales se encuentra enmarcada la del software. La presente publicación, se realiza con el fin de establecer si éstas nuevas creaciones humanas, específicamente el software, tienen una protección jurídica eficaz que cumpla con las necesidades de algo relativamente nuevo como lo son los programas de ordenador, o si por el contrario, estableciendo como mecanismo de protección una normatividad aplicable a creaciones preexistentes al surgimiento de éste nuevo tipo de obra, como el de la obra literaria, es suficiente para que jurídicamente esté protegido en todos sus ámbitos. Aproximándonos con el análisis de las tesis anteriores, a determinar si es necesario tener una normatividad especial para las nuevas creaciones que van naciendo paulatinamente, o si en la actualidad se protegen éstas adecuadamente con leyes como la 23 de 1982 que ha sido expedida hace 29 años.

ABSTRACT

¹ Éste artículo es el resultado de la investigación titulada "Derechos de Autor en Software", desarrollada para optar por el título de Abogado ofrecido por la facultad de Derecho de la Universidad CES. La presente investigación fue realizada bajo la asesoría de los profesores Clara María Mira González y Diego Martín Buitrago Botero, ambos docentes de la facultad de Derecho de la Universidad CES.

The new technologies appearance and scientific progress is a rapidly evolving phenomenon in today's world, reason for humans has developed a series of new creations in which the software is included. This publication is made in order to establish whether these new human creations, specifically software, have an effective legal protection that meets the needs of a relatively new such as computer programs, or if on the contrary, establishing as a protective mechanism existing regulations applicable to creations birth of this new type of work, such as literary works, is sufficient to legally it is protected in all spheres. Approaching with the previous arguments analysis, to determine whether is necessary to have special regulation for new creations are born slowly, or if they are currently appropriately protected with laws like the 23 of 1982 which was issued 29 years ago.

Palabras Clave: Software, obra literaria, Derecho de Autor, código fuente, código objeto.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo se realiza para todas las personas interesadas en saber, conocer y analizar el trato que se le da hoy día en Colombia a la protección jurídica del Derecho de Autor en el software, toda vez que nuestro mundo avanza tecnológicamente cada vez más rápido y van apareciendo paulatinamente creaciones del hombre que se pueden enmarcar en diferentes clases de creaciones a las que ya están establecidas, como lo son la obras literarias, artísticas y científicas.

Se estudiará en el contenido del presente, la forma de protección que se le da al software, y se aclarará el porqué de la misma, ya que en la actualidad todavía existen voces que sostienen que el sistema más adecuado para proteger ésta forma de creación (software), es a través de la propiedad industrial que otorgue una patente de invención o modelo de utilidad. En consecuencia, se determinará porqué el software debe ser y está bien protegido por el sistema del Derecho de Autor.

Desde que surgieron los primeros computadores en el mundo, esto es, en el año 1946 (Eniac), nació con éstos el interrogante de cómo iba a ser protegido el software y qué tratamiento era el más conveniente para este tipo de creaciones humanas, clasificándolo generalmente como una obra literaria y dándole el tratamiento que se le da a ésta clase de obras en la legislación mundial y en la legislación nacional colombiana. Por lo anterior, es que uno de los propósitos del

presente artículo es esbozarle al lector en qué medida pueden los programas de ordenador llegar a ser obras literarias o semejantes a éstas, ya que de esto depende mucho como debe ser el tratamiento jurídico aplicable al tema de los soportes lógicos, porque aparentemente al ser protegidos como obras literarias esa relación de protección entre la norma y el objeto tutelado resulta ser descontextualizada por algunas razones que serán analizadas en el presente, y que si bien pueden ser aplicables para obras literarias no pueden ser aplicables para programas de ordenador o viceversa.

Se desarrollará en el contenido del artículo un análisis integrador de los tratados internacionales y de las normas colombianas atinentes al tema en cuestión, determinando finalmente cómo está jurídicamente protegido el software en Colombia y si con lo que nos ofrece actualmente la norma es suficiente, o si por el contrario, hay que crear una nueva clasificación de protección para los programas de computación en el ordenamiento jurídico de nuestro país.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde que aparecen los primeros computadores, se ha presentado el interrogante entre qué sistema de protección otorgarle al software, si por medio de la propiedad industrial o a través del sistema de Derechos de Autor. Con respecto a lo anterior, lo que primeramente se debe anotar es que a consideración del profesor Wilson Rafael Ríos la propiedad industrial no se debe aplicar como medio de protección a los programas de ordenador porque ésta *“se funda básicamente en el hecho de que la aplicación industrial requerida implica de por sí un cambio en el estado de la materia que se encuentra en el mundo exterior, lo cual no logra realizar en la mayoría de los casos de forma cabal el software; y además, porque la propiedad industrial mediante la patente protege las ideas en sí mismas, mientras que por el contrario, el derecho de autor no protege las ideas sino la concreción y materialización que se haga de ellas mediante las distintas formas de expresión que hacen tornar en concreto lo etéreo”*². Además de lo anterior, los principales convenios internacionales sobre Derecho de Autor, como por ejemplo el convenio de Berna suscrito en 1886, pero revisado posteriormente en varias oportunidades, siendo la más reciente en París en el año 1971, no mencionan de manera expresa al Software como una obra protegida por el Derecho de Autor. Sin embargo, no se puede olvidar que el listado de obras mencionadas en los convenios internacionales y en las leyes nacionales es meramente enunciativo y no taxativo o exhaustivo, por lo que se acepta que cualquier creación propia del dominio intelectual que tenga las características de obra y que pueda ser representada o

² Ríos, W. R. (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Temis.

reproducida por un medio conocido o por conocer será objeto de protección del derecho de autor. En Colombia, el derecho de autor se protege por medio de la ley 23 de 1982 reglamentada por los decretos 3116 de 1984 y 3942 de 2010.

En la actualidad, se tiene la tendencia de que el software debe ser protegido por el sistema del derecho de autor porque cumple con las características para ello, las cuales se fundamentan en lo siguiente: el soporte lógico reviste originalidad, se manifiesta como la concreción y materialización de una idea general y abstracta, y además puede ser reproducido por un medio conocido o por conocer. Por lo tanto, la mayoría de los que estudian el tema llegan a la conclusión de que el software es bien protegido por medio del derecho de autor. Por ejemplo, el profesor Ricardo Antequera Parilli se expresa al respecto de la siguiente manera: *“con el nacimiento de los programas de ordenador, y ante la omisión expresa de esa categoría de obras en los convenios internacionales y en las leyes nacionales de la época, la jurisprudencia se encargó de aclarar que siendo el software el resultado de un acto creativo, merecía la consideración de obra y, por tanto, protegida por el derecho de autor”*³. Por otra parte, se puede destacar el oficio 349 de 1988 emitido por la Dirección Nacional de Derecho de Autor, del cual se extrae el siguiente aparte dónde se hace claridad del porqué considera la DNDA que el software debe ser protegido bajo el sistema de derecho de autor en Colombia: *“...la tendencia actual es la de considerar que la tutela de los programas de computador o software se da por medio de la ley 23 de 1982, al encuadrarse este como obra del*

³ Antequera, R. (2009). *Estudios de Derecho industrial y derecho de autor*. Bogotá: Temis.

intelecto sujeta a la regulación de esta normatividad. En este orden de ideas nuestra legislación autora, considerada dentro del contexto del concierto internacional como una de las más extensas y especializadas en la materia, definió en su artículo segundo, como muy bien lo dice, el ámbito de protección jurídica a los programas de computación al establecer que los derechos de autor recaen sobre las obras literarias, científicas y artísticas dentro de las cuales se comprenden todas aquellas creaciones de ingenio y del espíritu que puedan reproducirse por cualquier medio conocido o por conocer. De esta manera el software como obra sujeta a las disposiciones de la ley 23 de 1982, goza de prerrogativas, obligaciones y derechos en general que de acuerdo al artículo noveno de la citada ley se da desde el mismo momento de la creación intelectual sin que se requiera registro alguno, por lo tanto las formalidades que exige la ley son para darle mayor seguridad jurídica a los derechos de autor...”

Después de determinar que en la actualidad se protege el software a través del Derecho de Autor, por su inclusión en las obras que se protegen a través de la ley 23 de 1982 surge el interrogante del porqué, según las normas nacionales e internacionales se considera éste como una obra literaria o simplemente se protege como tal si de entrada se sabe que la manera de producirse cada uno es diferente y las formas de representar o reproducir las obras literarias y los programas de ordenador pueden llegar a ser muy distintas. Según la convención de Berna establece en su artículo 2, *Los términos « obras literarias y artísticas » comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y*

otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias.

En el artículo no se evidencia que se esté haciendo mención a los programas de ordenadores, pero por tratarse de obras del dominio intelectual se considera debe asimilarse a las que están contenidas en el precitado artículo, o por lo menos eso es lo que sostienen la mayoría de los doctrinantes en la actualidad y a lo largo de la historia desde que empezó el auge de los programas de computación.

En materia de legislación Nacional, está la ley 23 de 1982 la cual dispone en su artículo segundo: *Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias y artísticas, en las cuales se 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, tales como: libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con letra o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por*

procedimiento análogo a la cinematografía, inclusive los videogramas; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de arte aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativas a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias y, en fin, toda producción del dominio científico, literario o artístico que pueda reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer. En primer lugar, se evidencia que éste artículo es la reproducción o repetición del artículo segundo de la convención de Berna, y en segundo lugar, se observa que en éste artículo tampoco se hace la mención a los programas de ordenador, razón por la cual se debe entrar a determinar qué es lo que le da la connotación de obra literaria al software.

Cuando se determine el porqué se le considera al software una obra literaria en la legislación nacional, se entrará a estudiar si la normatividad actual vigente se acomoda a las características de ésta “nueva creación”, toda vez que el hecho de que se aplique una norma que protege creaciones más antiguas o que surgieron en el mundo antes que los programas de ordenador puede acarrear consigo vacíos o descontextualizaciones al momento de entrar a hacer efectivamente su tarea de protección. Por lo tanto, es en este momento donde se medirá la necesidad de una nueva normatividad actualizada y que sea efectiva y eficaz al momento de proteger el software, que a consideración de algunos pocos, en los

cuales me incluyo, es una creación especial del intelecto, y muy diferente a las demás que ya tienen una protección definida en el mundo del derecho.

El problema central de la discusión entre si el software debe ser protegido como obra literaria o no, es el hecho de saber que éste es una creación del intelecto, como lo es la obra literaria, pero su materialización es distinta y las obras literarias se encuentran tangibles en el mundo, mientras que el resultado final de la creación de un programa de computación se puede observar es a través de una pantalla de un ordenador o a través de algo que ejecute la tarea para la cual fue creado.

Investigación y planteamientos

De acuerdo a lo anteriormente planteado, es decir, el evidenciar que el software no estaba taxativamente incluido en la protección que brinda a las obras del intelecto la ley 23 de 1982, se debe indicar que en la normatividad colombiana a los programas de computación se les da la connotación de obras literarias estableciendo que su protección va a ser o es la que está vigente para éstas. La claridad la hace un decreto, el cual despeja toda duda atinente a si el software se protege o no por la precitada ley 23. Lo anterior se deriva del decreto 1360 de 1989 que en su primer artículo se encarga de dar la connotación mencionada de la siguiente manera: *“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”*. A considerando que en este artículo hay una imprecisión o gran optimismo por parte de su creador, ya que en su contenido no

se establece simplemente que la protección jurídica del programa de ordenador va a ser la misma de las obras literarias, sino que afirma que el software es una creación "propia" del dominio literario, de lo que se podría concluir que una obra literaria y un programa de computación son lo mismo o por lo menos cosas muy similares, situación de la que disiento, por cuanto son dos conceptos y tipos de obras diferentes, que se crean y son reproducidas de formas totalmente distintas. Establecido lo inmediatamente anterior, me veo en la tarea de definir que es una obra literaria y un software como tal.

Se entiende por obra literaria a aquella obra de arte que se presenta en forma escrita, no en forma gráfica o corporal. El elemento central de una obra literaria es la narración de un hecho, evento, serie de eventos, sentimientos ideas, o simplemente una expresión artística sobre diferentes situaciones. Las obras literarias pueden ser ficticias o no, ya que hay muchas obras que son con contenido filosófico. Con respecto a las características básicas de las obras literarias, se puede decir, que éstas no se acomodan a lo que es un programa de ordenador, empezando porque un software no tiene como finalidad narrar algo o contar una serie de hechos o situaciones que el autor del mismo quiera expresar.

Por otra parte el software tiene varias definiciones contenidas en las normas que determinan su protección.

El Decreto 1360 de 1989 define el software en su artículo 3 de la siguiente manera:

“Programa de computador”: La expresión de un conjunto organizado 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.

Atendiendo a la definición anterior, se pueden distinguir algunas diferencias entre los conceptos que venimos discutiendo. En primer lugar, se puede evidenciar que el software “es un conjunto organizado de instrucciones”, lo que permite asemejar más éste tipo de obras a algún manual o a una serie de indicaciones para llevar a cabo un proceso determinado, algo totalmente distinto a una narración de hechos, eventos o situaciones que es lo más evidente en una obra literaria. Aunado lo anterior, tenemos el primer argumento para que al software no se le otorgue la connotación de obra literaria. En segundo lugar, si procedemos a revisar la segunda parte de la definición contenida en el decreto 1360 de 1989 vemos que el software es una obra “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”. Con esta segunda parte de la definición, se puede notar que los programas de ordenador tienen un fin específico, el cual se concreta en que la máquina realice determinada tarea de acuerdo a una serie de indicaciones previamente elaboradas por el autor, mientras que las obras literarias no tienen unos fines específicos, ya que al ser narraciones expresadas por el autor que van a tener como receptor final a un ser humano se pueden interpretar de múltiples formas y así no se generan la certeza de que después de leer e interpretar una obra literaria el resultado sea X o Y, siendo diferente a lo que pasa con los

programas de ordenador, los cuales son interpretados directamente por una máquina y en un solo sentido, que es el establecido por el autor, en este caso el programador creador del código fuente. En conclusión, me aparto de lo redactado en el artículo primero del decreto 1360 de 1989, ya que si bien al software se le podría dar el tratamiento de una obra literaria, no veo el porqué del legislador colombiano al decir que los programas de computación son obras del dominio literario, cosa muy distinta es que se diga que se tratan como tales, a que sea del dominio literario, porque esta afirmación (del dominio) conlleva a pensar de que en este país consideran el software una obra literaria como tal.

Ahora bien, después de dar una breve definición de los conceptos de obra literaria y soporte lógico, entraremos a analizar argumentos de algunos doctrinantes sobre el tema que aportan razones para establecer que el software sea protegido como una obra literaria y no tenga una protección especial en el mundo jurídico.

Inicialmente, hay que estudiar el contenido del Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) Anexo 1C, en el marco del tratado de la OMC (Organización Mundial del Comercio) en su artículo 10 numeral 1 donde reza: *“Los programas de ordenador, sean programas fuente o programas objeto, serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna (1971)”*. Desde el momento en el que se establece por medio de éste acuerdo que los programas de ordenador se protegerán como obras literarias en virtud del convenio de Berna de 1971 han empezado a generarse argumentos y razones para apoyar esta connotación que se le da a las obras del intelecto nacientes como el software. Internacionalmente, este acuerdo sobre los

ADPIC es el que remite la protección de los programas de ordenador al convenio de Berna, pero si analizamos un poco, lo realiza sosteniendo que la protección como obra literaria, en ninguna parte de su contenido está afirmando que el software es una creación propia del dominio literario, por lo que se evidencia en este punto la diferencia con la normatividad Nacional colombiana, la cual, a través del decreto 1360 de 1989 si afirma que los programas de computación son obras propias del dominio literario, lo cual es considerado por el autor del presente como un error jurídico y conceptual por algunas razones anteriormente expuestas. Por otra parte, está la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, que en su artículo 23 dispone algo muy similar al acuerdo sobre los ADPIC en las siguientes palabras:

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.

Después de revisar el artículo 23 de la Decisión Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, se evidencia que en éste también se le asigna el trato de obra

literaria a los programas de computación, pero volvemos a indicar que no se hace en los términos del decreto 1360 de 1989 expresando que son obras propias del dominio literario.

Con relación a ésta protección asignada a los programas de ordenador, algunos autores se han pronunciado dando razones del porqué de la misma. El profesor Ricardo Antequera Parilli sostiene que el software se debe tratar como obra literaria en las siguientes palabras:

Independientemente de las discusiones todavía existentes en el ámbito académico acerca de la verdadera naturaleza del software, está resuelto en el plano del derecho positivo que el programa de ordenador es una obra literaria (o está protegido como si fuera una obra literaria), en el sentido de que se expresa en código fuente y se reproduce a partir del código objeto en un lenguaje natural, como también así se exteriorizan la documentación técnica y los manuales de uso.

Y, además, porque el lenguaje de programación, si bien creado artificialmente por el hombre para realizar un tipo de comunicación especializada, tiene una semántica y una sintaxis perfectamente pre-establecidas, al igual que los idiomas naturales.

Por esas razones, en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), en el marco del tratado de la OMC, en numerosos tratados de libre comercio (bilaterales y sub-regionales) y en el tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, como también en el ámbito del Derecho Comunitario (mediante la Directiva Europea sobre la

protección jurídica de los programas de ordenador y la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos conexos), se dispone que los programas de ordenador quedan protegidos “como” o “en los mismo términos” que las obras literarias, de manera que encuentran su tutela bajo el amparo del convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas⁴.

Después de analizar las anteriores definiciones y argumentos se hace necesario saber, en qué consiste el código fuente y el código objeto, ya que siempre se hace la claridad de que independientemente de que el software esté expresado en uno de éstos códigos se protege como una obra literaria.

El código fuente de un programa de computación es un conjunto de líneas de texto que son las instrucciones que debe seguir la computadora para ejecutar dicho programa. Por lo tanto, en el código fuente de un programa está plasmado completamente su funcionamiento.

El código fuente de un programa está escrito por un autor (programador) en algún lenguaje de programación, pero en este primer estado no es directamente ejecutable e interpretable por la computadora, sino que debe ser traducido a otro lenguaje (el lenguaje máquina o código objeto) que sí pueda ser ejecutado por el hardware de la computadora. Para esta traducción se usan los llamados compiladores, ensambladores, intérpretes y otros sistemas de traducción.

⁴ Antequera, R. (2009). *Estudios de Derecho industrial y Derecho de Autor*. Bogotá: Temis.

El código objeto de un programa de ordenador, es el resultado de la traducción o compilación del código fuente, el cual pasa a estar en un lenguaje que puede ser interpretado por la computadora, para que de ésta manera el programa en sí pueda ser ejecutable por medio de la máquina y llegar a realizar determinada tarea impuesta desde la creación del código fuente.

Según el profesor Wilson Rafael Ríos Ruíz, se puede definir el software como *“el conjunto de instrucciones en lenguaje natural o codificado que buscan que una máquina, un computador o hardware realice o ejecute determinada tarea”*⁵.

En la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre derecho de Autor y Derechos Conexos, se define el software en su artículo 3 en las siguientes palabras:

“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 automatizada, 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”.

La circular 5 del 9 de Octubre de 2001, relativa a los derechos de autor sobre los programas de computador, su licenciamiento y sanciones derivadas de su uso no autorizado, emitida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, define el software de la siguiente manera:

⁵ Ríos, W. R. (2009). *La propiedad intelectual en la era de las tecnologías*. Bogotá: Temis.

“con éste término se pretende describir la secuencia ordenada de instrucciones destinadas a ser asimiladas por un computador, a fin de lograr un resultado específico”.

Al estudiar las diferentes definiciones de software tanto doctrinales como las establecidas en la legislación, se puede llegar a la conclusión de que éste está conformado por dos partes, una expresada en lenguaje natural que puede ser interpretado por el ser humano y otra que es la traducción al lenguaje del ordenador que no está orientada a la lectura e interpretación del hombre. Por lo inmediatamente anterior, considero que lo que el autor (en éste caso programador) crea es el código fuente, ya que el código objeto que se concreta en la traducción y transformación de ese código fuente y es modificado por algo ajeno al ser humano, por lo que en mi concepto sólo es susceptible de ser protegido el código fuente de un software ya que éste es el origen de la cadena productiva del mismo, concluyendo entonces que el código objeto no debería ser protegido por medio del sistema del Derecho de Autor. Sin embargo, el artículo 3 del Decreto 1360 de 1989, no da pie a que se origine la controversia de que el código objeto sea protegido por medio de la ley 23 de 1982, ya que al definir el software como *“conjunto organizado de instrucciones en el lenguaje natural o codificado...”* se incluye al código objeto como integrante del concepto de software y, por ende, protegido por la ley de derechos de autor. Por su parte, la Decisión 351 (acuerdo de Cartagena) Dispone en su artículo 23: *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..." teniendo en cuenta también el código objeto dentro de la protección del concepto de software.

Ya después de esbozar un marco teórico y jurídico de la protección del software, se entrará a socializar una serie de argumentos personales, donde se aprobarán o se expresará el disenso con algunas controversias actuales, y seguidamente se darán unas conclusiones a título personal, donde se harán planteamientos que pueden ser tenidos en cuenta para pensar en que la protección de los programas de ordenador puede, por lo menos, variar un poco y ser más enfocada a la evolución actual de las tecnologías y darle a creaciones como el software una protección un poco más especializada, sin dejarlo con vacíos con una normatividad de hace ya casi treinta años de ser expedida, momento en el cual no se pensó en nada de lo que en el presente artículo estamos dejando en discusión.

En primer lugar, se tiene que hacer la claridad que en que es aceptable que el software sea tratado como una obra literaria por las razones que se sostienen hoy día y que son válidas para poder afirmar que se debe proteger el software como obra literaria. Las razones son las siguientes:

Uno de los argumentos para que el software si sea una obra es si éste si es una creación o no es una creación. Considero que sí es una creación, porque sale de la nada física, ya que el autor (programador) plantea un problema y desarrolla la forma de solucionar el mismo por medio de fórmulas matemáticas y algoritmos,

donde éstos (algoritmo o fórmula) no son propiamente la creación, sino el medio para exteriorizar lo que el autor quiere expresar y que se traducen en escribir como se va a ejecutar el programa de ordenador en un lenguaje que puede ser interpretado por el hombre. Como sostiene el profesor Diego Martín Buitrago Botero *“cuando el programador escribe el software exterioriza un pensamiento: expresa la solución de un problema en forma concreta, y en cuanto que se fija en un medio, la solución adquiere una unidad con significado propio”*.

“El software es desarrollado para solucionar problemas determinados, de manera que aunque a los ojos de un inexperto en la materia puede no tener significación alguna ya que consiste en una simple serie de fórmulas matemáticas o de dígitos o en simples instrucciones, si tiene significación en cuanto se aplica a solucionar un problema”⁶. Se debe tener en cuenta que la creación debe ser original, lo cual se circunscribe directamente a la creatividad del programador desarrollador del software.

Una razón más para considerar el software una obra, es que éste debe ser la expresión o exteriorización de una idea. En este punto también estoy de acuerdo en que está bien aplicado el régimen de derecho de autor a los programas de ordenador, ya que las ideas pertenecen al dominio público y el artículo 6 inciso 2 de la ley 23 de 1982 reza: *“Las ideas o contenido conceptual de las obras literarias, artísticas y científicas no son objeto de apropiación. Esta Ley protege*

⁶ Buitrago, D. M. (2002). *El derecho y la industria informática*. Medellín: Señal Editora.

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". En el caso del software el programador exterioriza lo que quiere expresar a través de la construcción del código fuente y ya después éste es traducido al lenguaje de la máquina, por lo que se evidencia una transformación de una simple expresión en un lenguaje codificado a algo concreto en el mundo exterior, generándose el surgimiento de una expresión original del autor.

Otro de los argumentos para que el software sea protegido por la ley de derechos de autor en Colombia es que éste sea fijado en un medio tangible, ya que el artículo dos de la precitada ley permite que las obras sean fijadas en cualquier medio conocido o por conocerse, lo que abre una puerta a las nuevas tecnologías y resulta conforme a derecho que los programas de ordenador se fijen o se reproduzcan en discos ópticos, circuitos integrados, etc. Si bien, en los discos ópticos o medios donde se encuentre fijado el software se fija es el código objeto, lo importante es que este es el resultado de la traducción de código fuente y que a su vez, está dirigido al uso del ser humano, por lo que no se acepta ninguna discusión por parte de la mayoría de doctrinantes en cuanto a la protección del código fuente por medio del derecho de autor. Con respecto a la protección del código objeto, si quiero hacer la salvedad de que considero que debería haber más claridad de la norma en cuanto a su protección, porque si bien es cierto que éste se encuentra incluido en la definición de software y por lo tanto, es protegido indirectamente, considero que es una traducción y transformación de la obra original (código fuente) y la ley trae unas disposiciones que se ocupan

específicamente de la traducción de obras y adaptaciones, por lo que se debería medir el alcance del hecho de proteger el código objeto como si hiciera parte de la obra como tal o como una traducción o transformación de la misma.

Como conclusiones de la integración realizada de la normatividad internacional, Nacional Colombiana y la doctrina se puede destacar las siguientes:

El Software debe ser protegido por el sistema de Derecho de Autor, toda vez que lo que se pretende proteger de éste no es la idea como tal, sino la concreción de las ideas en el mundo exterior, ya que lo que se puede copiar o reproducir sin autorización del programador es lo que está tangible para los seres humanos.

El software se protege de la misma manera que una obra literaria a través de la ley 23 de 1982 de Derechos de Autor, y en la legislación nacional Colombiana se le considera una obra del intelecto humano, más concretamente una obra literaria. Por lo que se le da la aplicación de una legislación que lleva vigente aproximadamente unos treinta años. Lo cual puede generar vacíos legales, como por ejemplo, en cuanto a los derechos patrimoniales del autor en los software o trabajos que sean accesibles por internet, ya que ésta legislación es creada en un contexto donde el internet no tenía la importancia y trascendencia que posee en la actualidad del ser humano y no se pensó en que un programa de computador que tuviera determinada función pudiera ser adquirido a través de la Internet y se tenía la concepción de que se distribuiría por discos magnéticos.

Los programas de ordenador se componen tanto de una arte expresada en lenguaje natural, como de otra expresada en un lenguaje codificado muchas veces

no inteligible para el hombre, mediante el cual se puede ejecutar de manera satisfactoria en una máquina que reproduce el programa de ordenador.

En la actualidad, se puede evidenciar que se ha preferido mundialmente por proteger el software enmarcándolo en una protección a obras preexistentes al mismo, tratando de adaptar la normatividad al avance tecnológico vertiginoso que tiene nuestro mundo, sin poder cubrir todas las necesidades que necesitan los tipos de obras nuevas que van surgiendo en la humanidad.

Teniendo en cuenta las conclusiones que resultan de la investigación realizada, el autor del presente artículo propone que se modifique la legislación nacional, aclarando que el software es protegido como obra literaria, pero que no se considera una obra propia del dominio literario porque esa afirmación lleva a pensar que en nuestro país consideramos el software igual a una obra literaria. Por ello, considero que a la ley 23 de 1982 se le debería hacer un capítulo de disposiciones que traten específicamente el software, en donde se trate concretamente el tema de la duración de la protección del mismo, ya que un ejemplo de descontextualización de la ley 23 respecto de los programas de ordenador es el artículo 21 que reza: *“Los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años. En caso de colaboración debidamente establecida, el término de ochenta años se contará desde la muerte del último coautor”*. Siendo ésta disposición absurda en cuanto a la protección del software, ya que los programas de computación tienen una vida útil de pocos años (siendo optimistas, no más de 5), por lo que se debería regular

específicamente éste tipo de temas en nuevas creaciones humanas. Otro aspecto particular, sobre el que se debería crear una norma especial, sería el tema del código objeto protegido como elemento esencial de la obra como tal, o si va a ser protegido como una traducción de la obra misma, para así despejar cualquier duda en cuanto al hecho de cuestionar si el código objeto debe ser o no protegido por la ley 23 de 1982. Siendo así las cosas, considero que el software puede seguir siendo protegido en los mismos términos que una obra literaria, pero realizando algunas aclaraciones normativas y complementando la normatividad con capítulos específicos para este tipo de obras con el fin de no tener vacíos jurídicos en la forma de proteger las mismas ni descontextualizaciones normativas para tener una protección efectiva y eficaz de las creaciones que son producto del avance tecnológico que tiene el mundo cada vez más vertiginoso.

BIBLIOGRAFÍA

Wilson Rafael Ríos, “La propiedad intelectual en la era de las tecnologías”. Temis, Bogotá, 2009.

Ricardo Antequera Parilli, “Estudios de derecho industrial y derecho de autor”. Temis, Bogotá, 2009.

Diego Martín Buitrago Botero, “El derecho y la industria informática”. Señal Editora, Medellín, 2002.

www.derechodeautor.gov.co

www.wipo.int/copyright/es/

Ley 23 de 1982.

Decreto 3116 de 1984.

Decisión 351 de 1993 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos.

Decreto 1360 de 1989.

Acuerdo sobre los Aspectos de Derecho de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

Tratado de la OMPI sobre Derechos de Autor, adoptado en Ginebra el 20 de diciembre de 1996.