

PROPIEDAD INTELECTUAL

Presentado Por:

JUAN CAMILO OSSA RESTREPO

Trabajo de Grupo de Investigación para lograr el Título de Abogado



Asesor:

DIEGO MARTIN BUITRAGO BOTERO

Coordinador de Investigación del CES

Institución

UNIVERSIDAD CES

FACULTAD DE DERECHO

MEDELLIN

2011

INTRODUCCIÓN

En la actualidad existe un gran interrogante sobre la protección de los programas de ordenador debido a que el mundo informático está avanzando rápidamente. En el siguiente escrito encontraremos como actualmente contamos con un ordenamiento normativo que cumple con dicha protección.

Nos enfocaremos en la definición de la propiedad intelectual y en la división de los dos sectores principales; el derecho de autor y derecho con él relacionados y la Propiedad Industrial, y en un tercer sector; el informático y en especial el software.

Nos orientaremos en el estudio del ley 23 de 1982 sobre el derecho de autor, también sobre el decreto 1360 de 1989 por el se reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

Encontraremos la definición del software desde la decisión 351 de 1993 y la de varios autores con el fin de encontrar los elementos comunes, podremos encontrar como en nuestra legislación colombiana nos beneficiamos de las diferentes acciones judiciales como mecanismos de protección del derecho de autor.

Palabras Clave: Propiedad Intelectual, Derecho de Autor, Software, Propiedad Industrial, Protección del Software.

QUE SE ENTIENDE POR PROPIEDAD INTELECTUAL?

La propiedad intelectual según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual “tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los modelos utilizados en el comercio”. Se puede decir en otras palabras que la propiedad intelectual es aquella producción del intelecto humano.

Existen dos ramas en las cuales se puede dividir la propiedad intelectual; la primera es la propiedad industrial la cual abarca las patentes, dibujos, marcas, invenciones, y la segunda es el derecho de autor que incluye las obras literarias como novelas, los poemas, películas y artísticas tales como los dibujos, las pinturas, las fotografías y las científicas. (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual)

El profesor Arturo Valencia Zea, clasifica la propiedad intelectual como un derecho inmaterial señala que “las ideas de un autor, el descubrimiento de un inventor, los productos del espíritu en su más amplia expresión, representan valores patrimoniales y son susceptibles de ser apreciados en dinero. Denominanse

bienes inmateriales y los derechos que sobre ellos ejercen, derechos inmateriales”. (Zea, 1994: 237).

Nuestra Constitución Política de Colombia en su artículo 61 expresa, “El Estado protegerá la propiedad Intelectual y mediante las formalidades que establezca la ley.” Observemos también que el Código Civil Colombiano menciona que “las producciones del talento o del ingenio son un propiedad de sus autores. Esta especie de propiedad se regirá por leyes especiales”, podemos observar que la protección al derecho de autor es un deber que le concierne al Estado, y que varias entidades estatales desarrollan actividades tendientes a la protección de los derechos de los creadores.

Considero importante traer a colación lo que se menciona en la página web de La Organización Mundial de Comercio, ya que hace una mención sobre los derechos de la propiedad intelectual “son aquellos que se confieren a las personas sobre las creaciones de su mente. Suelen dar al creador derechos exclusivos sobre la utilización de su obra por un plazo determinado”. (Organización Mundial de Comercio, 2011).

Para dicha Organización los derechos de propiedad intelectual se dividen en dos sectores principales; el derecho de autor y derechos con él relacionados y la Propiedad Industrial, a continuación señalaremos cada uno de ellos.

El primer Sector: el Derecho de autor y derechos con él relacionados.

Los derechos de los autores de obras literarias y artísticas y científicas (por ejemplo, libros folletos y cualquier tipo de obra expresada mediante letras, signos o marcas convencionales, composiciones musicales, las obras de arquitectura, obras dramáticas, obras coreográficas, obras cinematográficas, las obras de bellas artes, pinturas, esculturas, y los programas de ordenador) están protegidos por el derecho de autor por un plazo mínimo de 50 años después de la muerte del autor según la decisión 351 de 1993.

También están protegidos por el derecho de autor y los derechos con él relacionados (denominados derechos “conexos”) los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes (por ejemplo, actores, cantantes y músicos), los productores de fonogramas (grabaciones de sonido, quienes son las personas naturales o jurídicas que tienen la iniciativa, la coordinación y la responsabilidad en la producción de la obra) y los organismos de radiodifusión; los cuales gozan del derecho exclusivo de autorizar o prohibir la retransmisión de sus emisiones, la fijación de sus emisiones sobre una base material y la reproducción de una fijación de sus emisiones. El principal objetivo social de la protección del derecho de autor y los derechos conexos es fomentar y recompensar la labor creativa.

El Segundo Sector: La Propiedad industrial.

Este sector se ocupa de la protección legal de productos o procesos que tengan aplicación tanto industrial o comercial, lo importante es que sean novedosos y que abarcan desde marcas y rótulos comerciales, diseño de ropa hasta los diseños industriales, modelos de utilidad, patentes, nuevas creaciones etc.

La propiedad industria se puede dividir en dos esferas principales:

Una de ellas se caracteriza por la protección de signos distintivos, en particular marcas de fábrica o de comercio (que distinguen los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas) e indicaciones geográficas (que identifican un producto como originario de un lugar cuando una determinada característica del producto es imputable fundamentalmente a su origen geográfico). Debido a la diversidad de productos y procesos relacionados con la Propiedad Industrial hace que las formas de protección difieran teniendo en cuenta el uso o la actividad comercial correspondiente y que existan diferentes requisitos para lograr la protección. En este caso encontramos varios asuntos en los cuales han surgido controversias en Colombia y que quiero exponer a continuación.

El primer caso lo podemos consultar en la página Web de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual en la Decisión D2000-0545, en el cual la entidad Bancaria Bancolombia y la Empre Panameña Elpidia Finance Corporation entran en conflicto en 1997 por el dominio Bancolombia.com; para Bancolombia, el demandado registró esa dirección cuando ya tenía conocimiento de la fusión entre el Banco de Colombia y el Banco Industrial Colombiano, y que de dicha fusión resultaba ese nombre. El Bancolombia dentro del proceso señaló que es una marca que estaba registrada a su nombre en varios países latinoamericanos y que corresponde a la contracción de su denominación. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (OMPI) concluyó que el dominio debía ser transferido al demandante, al comprobarse que la compañía Elpidia Finance Corporation actuó

de mala fe al tratar de vender a Bancolombia el nombre de dominio por doscientos mil dólares.

Otro caso interesante es el de Aerolíneas Aéreas de Colombia S.A, Avianca; el nombre de dominio Avianca.com había sido adquirido en el mercado primario por la aerolínea. Americatel S.A. la empresa autorizada para su renovación olvidó hacerlo en 1999, y este nombre de dominio al quedar sin renovación fue registrado por un tercero (Rainer Uphoff), un alemán consultor internacional en temas de transporte aéreo. Uphoff, había solicitado 50 mil dólares por transferirlo al titular de la marca. Ya había recibido esa cantidad de dinero por el dominio conocido (viajar.com), y tenía especialidad en el registro de nombres de compañías aéreas tales como varig.com, aeroperu.com y aires.com. La Aerolínea Colombiana Avianca decidió llamar al estudiante de Derecho, el cual tuvo un gran reconocimiento por el caso de Papiros.com el cual mencionaré más adelante. El estudiante logró un acuerdo por un valor de USD1.500, y recuperó el dominio. Un año más tarde volvió nuevamente a olvidar la renovación y este queda libre y el día 7 de noviembre de 2001 es registrado por Azim Barodawala, el nombre de dominio Avianca.com se direcciona al sitio despegar.com, una compañía que se dedica a la venta de servicios turísticos en la web. El 21 de junio de 2002 Avianca decidió demandar ante el National Arbitration Forum, con el fin de recuperar el nombre de dominio. El demandado no dio respuesta a la demanda, y el 31 de julio de 2002 el panelista Jaime A. Carmody transfirió el nombre de dominio a la Aerolínea ya que este era idéntico a las marcas de Avianca. La decisión de la

reclamación: FA 0206000114671, la encontramos en la página de internet <http://www.latinoamericann.org>

El último caso que expongo es el de Papiros.com; el día 11 de agosto de 1998 se constituyó en Colombia la Sociedad Papiros Ltda. Dicha sociedad quiso registrar el nombre de dominio papiros.com pero dicho dominio estaba registrado por una persona en Italia. Al ver que no se pudo decidió identificarse con el nombre de dominio papiros.com.co; la página tuvo tanta acogida que deseaban el dominio.com, es decir, un nombre de dominio global. Iván Rico un estudiante de ingeniería de la Universidad de los Andes, se encontraba a mediados de octubre de 1999 creando un negocio por internet, él le pidió a Axesnet Ltda., una propuesta para la creación del sitio web. En el año 2000, Iván Rico buscaba un libro para la universidad y descubrió que el nombre de dominio papiros.com no estaba registrado y decidió hacerlo. La sociedad solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio el registro de la marca “papiros.com” para servicios de comunicaciones por internet. El estudiante en el año 2002 fue contactado por los abogados de la Sociedad Papiros para que este transfiriera a la misma el nombre de dominio que consideraban suyo y cuyo registro violaba sus derechos. La sociedad le ofreció dinero al estudiante pero este no aceptó. También recibió una oferta anónima por 2.000 dólares y tampoco aceptó. El 28 de marzo de 2002, la sociedad Papiros Ltda., presentó una demanda contra el estudiante Iván Rico ante el National Arbitration Forum de Estados Unidos. Dentro de sus pretensiones era ordenar la transferencia del nombre de dominio. En la demanda se acusaba a Iván Rico de haber registrado y actuado de mala fe un nombre de dominio sobre el cual

no tenía derechos y que violaba los derechos marcarios de la sociedad Papiros Ltda. El estudiante argumentó en su defensa varios puntos fundamentales: a. que a la fecha de registro del nombre de dominio no había ninguna marca registrada por la sociedad Papiros Ltda. y por consiguiente no tenía ningún derecho marcario en Colombia. b. que había adquirido el nombre de dominio para mantenerlo en reserva pero pensaba usarlo en el negocio que estaba montando. c. que la Sociedad Papiros Ltda. había actuado de mala fe al solicitar el registro de la marca después de haber tenido conocimiento que el nombre de dominio no le pertenecía. Al tomarse la decisión se aceptaron los argumentos del estudiante Iván Rico, y se aceptó que el registro y uso del nombre de dominio no habían sido realizados de mala fe y por lo tanto no accedió a la pretensión de transferirlo a los demandantes. Para más información sobre el caso N° 94365 FA, en la dirección <http://www.adrforum.com/domains/decisions/94365.htm>

La protección de esos signos distintivos tiene por finalidad estimular y garantizar una competencia leal y proteger a los consumidores, haciendo que puedan elegir con conocimiento de causa entre diversos productos o servicios. La protección puede durar indefinidamente, siempre que el signo en cuestión siga siendo distintivo.

Otros tipos de propiedad industrial se protegen fundamentalmente para estimular la innovación, la invención y la creación de tecnología. A esta categoría pertenecen las invenciones (protegidas por patentes), los dibujos y modelos industriales y los secretos comerciales.

El objetivo social es proteger los resultados de las inversiones en el desarrollo de nueva tecnología, con el fin de que haya incentivos y medios para financiar las actividades de investigación y desarrollo.

Sin embargo existe un sector de la protección intelectual que hoy nos llama la atención para su estudio, se trata del sector informático y en especial el Software.

Sector Informático y el Software

El decreto 1360 de 1989, nos da una definición del Software como aquella “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”. La anterior definición considero que va de la mano con la mencionada en la Decisión 351 de 1993 del día 17 de diciembre de 1993 sobre el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, publicada y aprobada por la Comisión del Acuerdo de Cartagena en su artículo tercero (3ro) expresa:

“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.”

Para el profesor Wilson Rafael Ríos en su libro “La propiedad Intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones” define un programa de computador como “el conjunto de instrucciones en el lenguaje natural o codificado que buscan que una máquina, un computador o hardware realice o ejecute determinada tarea” (Ríos, 2009: 261).

La Unidad Administrativa Especial Dirección Nacional de Derecho de Autor, en la circular N° 5 del día 09 de octubre de 2001, “Derechos de autor sobre los programas de computador, su licenciamiento y sanciones derivadas de uso no autorizado” define los programas de computador así “Con este término se pretende describir la secuencia ordenada de instrucciones destinadas a ser asimiladas por un computador, a fin de lograr un resultado específico”.

Quisiera añadir la definición del profesor Jaime Mayorga P. en el capítulo IV “Propiedad intelectual sobre software, circuitos integrados y transmisión electrónica de documentos” en donde denomina software soporte lógico o programas de ordenador “al conjunto organizado de instrucciones que se suministran a un equipo de cómputo o a cualquiera otra máquina que disponga de las capacidades de procesamiento necesarias, para permitirle cumplir con una tarea determinada, procesar alguna información o alcanzar un resultado específico” . (Mayorga, 1997: 53)

Puedo, por lo tanto, definir el software como el equipamiento lógico de un sistema electrónico, que permite la interacción del usuario con una maquina; estos se

utilizan comúnmente para llevar a cabo tareas específicas, mediante módulos o paquetes que realizan funciones lógicas programadas y que arrojan un resultado que ayuda a optimizar tiempo, recurso humano y operaciones; enfocadas en beneficio de los usuarios.

Creo indiscutible afirmar, que de las anteriores definiciones encontramos elementos comunes tales como: un conjunto de instrucciones y componentes lógicos precisos los cuales ayudan a la elaboración y construcción de tareas para lograr el resultado requerido. El programa de computador es un conjunto de instrucciones para realizar una serie de funciones en un computador.

Como se puede observar es una creación del intelecto muy especial y podría decir sui generis, por tanto me enfocaré a su protección jurídica.

A través del tiempo se han considerado algunas alternativas para la protección del software, para fines de lo anterior mencionado mencionaré algunos:

- a. *La protección mediante patentes:* Estados Unidos fue el país el cual solicitó una patente de software y todo lo relacionado con programas de computador. La oficina de patentes de Estados Unidos: United States Patent and Trademark Office (USPTO), otorgó esta clase de protección únicamente a invenciones en el área de control de procesos donde el desarrollo incluía un programa de computador, al respecto conviene decir que dicha Oficina no otorgó protección por patentes al soporte lógico, como una creación individual.

Sin embargo, La Suprema Corte de Estados Unidos concedió una patente de un procedimiento de vulcanización de caucho sintético, en donde intervenía un programa de computación. El Tribunal Supremo consideró que la invención no era más que un algoritmo matemático. El objeto de la patente era el procedimiento industrial que incorporaba el programa. (Caso Diamond vs Diehr. 1981).

b. *Protección por la vía del Derecho de Autor:* En varios países el software se protege bajo esta modalidad, y han sido ratificados por los Acuerdos ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio), en este acuerdo se establece en el artículo 10 lo siguiente:

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”.

Ahora bien, si se mira desde una perspectiva general presenta varias ventajas al encontrarse establecido en reglamentos y convenciones internacionales que perfectamente ofrecen una protección casi universal, y están protegidos por un

plazo mínimo de 50 años después de la muerte del autor e incluye a todos los países miembros de las convenciones internacionales.

- c. *Protección Sui Generis*: Actualmente no existe un país que se conforme con la protección legal del software, se considera que la mejor alternativa es la implementación de un sistema normativo “sui generis”, en otras palabras, un sistema exclusivo para la protección de este elemento, en el cual se reúna las condiciones deseadas por los desarrolladores los programas de computación.

En nuestro país de las tres alternativas mencionadas hoy por hoy se utiliza la protección por vía del Derecho de Autor encabezada con la Decisión 351 (Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) y el Decreto 1360 de 1989.

Ante todo, se debe mencionar la ley 23 de 1982, ya que esta ley cambia la institución del registro, ya que se convierte en declarativo de derechos y no en constitutivos. El artículo 2° de dicha ley, establece que los derechos de autor recaen sobre toda clase de obra científica, artística o literaria que pueda reproducirse. El decreto 1360 de 1989 en su artículo 1° estableció que “de conformidad con lo previsto en la ley de 1982 sobre Derecho de Autor, el soporte lógico (software) se considera como creación propia del dominio literario”. Al lado de ello, el decreto en su artículo 7° da la posibilidad de buscar otras formas de

protección al manifestar: “La protección que otorga el derecho de autor al soporte lógico (software), no excluye otras formas de protección por el derecho común.

Notemos, entonces, que la protección del software por la vía del Derecho de Autor entendida esta como “toda expresión humana producto del ingenio y del talento que se ve materializada de cualquier forma perceptible por los sentidos y de manera original”, (Centro Colombiano del Derecho de Autor) es la más conveniente a mi parecer teniendo en cuenta el artículo 1° del decreto 1360 de 1989. Para el profesor Daniel Peña Valenzuela en su obra denominada “Los aspectos legales de internet y del comercio electrónico” indica lo siguiente “El tratado de la OMPI sobre derecho de autor es un arreglo particular en el sentido del artículo 20 del Convenio de Berna y su contenido incluye temas como la no protección de las ideas, la protección de los programas de ordenador como obras literarias, la protección de las bases de datos como compilaciones, el derecho de distribución, el derecho de alquiler de programas de ordenador, obras cinematográficas y obras incorporadas en fonogramas, el derecho de comunicación al público, la duración del protección de obras cinematográficas y las obligaciones relativas a la medidas tecnológicas” . (Centro Colombiano del Derecho de Autor)

Otro aspecto, entre tantos, del que me baso para argumentar que el software es protegido por el régimen del Derecho de autor, es lo señalado en el artículo 4 de la Decisión 351 de 1993 cuya protección recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer; en su literal (l) menciona a los programadas de

ordenador, como objeto de protección. Lo anterior implica que el autor cuenta con prerrogativas de carácter patrimonial y moral sobre su obra. Igualmente, en el capítulo VIII “De los programas de ordenador y base de datos” en el artículo 23 de esta Decisión expresa “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”

En la anterior decisión el artículo 58 en sus disposiciones complementarias nos dio una aclaración al mencionar 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”, dando así una protección a los programas que se hubieran creado anteriormente a dicha decisión.

A este propósito cabe explicar que se entiende por código fuente y código objeto, el primero hace referencia a un conjunto de instrucciones en un lenguaje de

programación específico que la computadora debe ejecutar, es el código que realiza el programador. Mientras que el código objeto es aquel, que resulta de la compilación del código fuente.

En lo que respecta a la verdadera naturaleza del software, el profesor Ricardo Antequera Parilli menciona “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 preestablecidas, al igual que los idiomas naturales” (Antequera, 2009)

De igual manera debe tenerse presente lo señalado por el profesor Wilson Rafael Ríos donde nos regala unos argumentos y una visión clara para sostener que el software o soporte lógico es objeto de protección por vía del derecho de autor, “la tendencia actual liderada de tiempo atrás por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) sostiene que el soporte lógico (Software) es una obra en sí misma y que tiene las características requeridas por el derecho de autor para ser objeto de protección de esta disciplina, ya que reviste originalidad, se

manifiesta como la concreción y materialización de una idea general y abstracta y puede ser reproducida o definida por cualquier forma de impresión o reproducción conocida o por conocer.

Por ello, no es extraño encontrar que las disposiciones tipo sobre derecho de autor diseñadas por la Ompi para los países de América Latina y en general para el resto del globo y la directiva europea 250 del 14 de mayo de 1991 sobre protección jurídica de los programas de computador consideren obra del dominio literario el soporte lógico. Esta consideración no debe extrañarnos, pues para el derecho de autor, la obra literaria no se circunscribe ni limita sólo a las obras que estén por escrito, sino que se extiende a toda clase de expresión original que se manifieste mediante, letras, signos o convenciones. Por tanto, es perfectamente válido entender que un programa de computador de lenguaje de programación avanzada que sea expresado por medio del código fuente (expresión del grupo de instrucciones propias de un programa entendibles por el hombre) o del código objeto (expresión del grupo de instrucciones propias de un programa expresadas en códigos binarios entendibles únicamente por un computador) se encuentre amparado y protegido desde el momento mismo de su creación en los mismos términos de una obra del dominio literario” (Ríos, 2009: 255)

Si se toma como punto de partida lo expresado por el profesor Wilson Rafael Ríos, el derecho de autor se encuentra dentro del ámbito del derecho privado, regulando una relación entre los autores y los titulares de derechos de autor con la sociedad, dándole privilegios de carácter patrimonial y moral .

En nuestra legislación Colombiana poseemos acciones judiciales tales como, la acción penal y las acciones civiles como mecanismos de protección del derecho de autor. La primera la encontramos en el código penal en el título VII (de los delitos contra los derechos de autor). Artículo 270.-“*Violacion a los derechos morales de autor.* Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes 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.

Parágrafo –Si en el soporte material, carátula o presentación de una obra de carácter literario, artístico, científico fonograma, videograma, programada de ordenador o soporte lógico, u obra cinematográfica se emplea el nombre, razón social, logotipo o distintivo del titular legítimo del derecho, en los casos de cambio,

supresión, alteración, modificación o mutilación del título o del texto de la obra, las penas anteriores se aumentarán hasta en la mitad.

Artículo 271. *Defraudación a los derechos patrimoniales de autor.* Incurrirá en prisión de dos (2) a cinco (5) años y multa de veinte (20) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes quien, salvo las excepciones previstas en la ley:

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.

Parágrafo. Si como consecuencia de las conductas contempladas en los numerales 1, 3 y 4 de este artículo resulta un número no mayor de cien (100) unidades, la pena se rebajará hasta en la mitad.

Artículo 272. Violación a los mecanismos de protección de los derechos patrimoniales de autor y otras defraudaciones. 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”.

Tenemos, en consecuencia penas y sanciones reguladas por el código penal, y en donde podemos observar también que se incluyen a los programas de ordenador o soporte lógicos, dando así cabida estos la protección dentro de los derechos de autor.

La segunda acción judicial (acciones civiles), la encontramos en la jurisdicción civil (ordinaria) y casualmente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En la ley 23 de 1982 en el capítulo XVIII (Del procedimiento ante la jurisdicción civil) desde el artículo 244 al 252, se menciona las acciones con las que cuenta el autor, el editor, el artista, etc. para hacer ejercer sus derechos ante la justicia ordinaria.

María Yolanda Álvarez, en su obra “El derecho de autor y el Software” precisa dentro de los asuntos sometidos al procedimiento civil lo siguiente “Los sujetos de la relación jurídica procesal pueden ser personas naturales o jurídicas del derecho privado, o personas de derecho público que hayan actuado en una relación jurídica de derecho privado, puesto que si la acción o la omisión que se esgrime como fuente de derechos y de obligaciones dentro del proceso proviene de un ente administrativo que ha actuado como yal en un contrato administrativo o interadministrativo, la jurisdicción será la contencioso administrativa” (Alvarez, 1997: 198)

No quisiera que estas afirmaciones parecieran repetitivas, pero la intención es enseñar y publicar las diferentes opiniones sobre la protección del software por vía del derecho de autor y en lo pertinente al procedimiento ante la jurisdicción civil “Se concede acción a los autores, editores, artistas, productores de fonogramas, a los organismos de radiodifusión y a sus causahabientes o representantes legales o convencionales para pedir al juez, sin necesidad de acreditar personería ni la representación, pero mediante la prestación de una caución suficiente que garantice el pago de los perjuicios que se puedan causar, el secuestro preventivo de toda obra, producción, edición y los ejemplares; del producido de la venta o alquiler de las mismas; del producido de la venta y alquiler de los espectáculos teatrales, cinematográficos, musicales y otros análogos” (Cárdenas, 2003: 425).

La acción de tutela como mecanismo de protección al derecho de autor, no es conveniente, ni permitido ya que los derechos patrimoniales de autor no podrán ser reclamados mediante tutela ya que no están dentro del ámbito de derechos

fundamentales. “Por regla general, el tema relativo a los derechos de autor debe resolverse por la vía ordinaria, al menos en lo referente a los aspectos puramente económicos de la relación jurídica que se establece. Eso significa que, en principio, no es la acción de tutela el mecanismo indicado para formular reclamaciones a los editores por la publicación inconsulta de obras provenientes de la actividad intelectual, o por el desconocimiento de los derechos patrimoniales que corresponden al autor en los términos de la normatividad vigente”. (Hernández, 1998). Al respecto conviene decir que únicamente se podrán exigir por la acción de tutela el respeto del derecho moral de autor.

Cuando se habla de la protección del software en los derechos de autor, se debe tener en cuenta los riesgos a que se exponen sus creadores, tales como la copia del programa sin su autorización, modificación o alteración del programa, el uso del programa sin su autorización, etc.

Según la dirección nacional de derecho de autor, para que una creación se entienda protegida por el derecho de autor debe cumplir con los siguientes postulados: originalidad (no novedad), susceptible de ser reproducida, protección inmediata (sin formalidades), distinción entre la creación y el soporte que la contiene, desinterés sobre el mérito y destinación, y no protección de las ideas.

Notemos, entonces, como las ideas no son tema de protección por el derecho de autor, cuando el Convenio de Berna en su artículo 2 (obras protegidas) “todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión” descarta la protección de las ideas por sí solas.

Para los fines de nuestro argumento el artículo 7° de la Decisión 351 de la Comunidad Andina sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, dispone: “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 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”

Por su parte el profesor Ricardo Antequera Parilli, apunta “la idea puede llegar hasta el plan sobre el cual se desarrollará la obra (o el estilo, sistema o método para crearla), pero que no ha adquirido todavía una exteriorización concreta y propia, a través de signos, lenguajes, imágenes fijas o en movimiento, trazos, volúmenes, sonidos, decorados, etc., o mediante una combinación de los mismos que tenga características de originalidad.

“Es posible que la “idea” sea muy valiosa en sí misma (e incluso supere en valor a la forma de expresión basada en ella), pero eso no la hace susceptible de protección por el derecho de autor”. (Antequera, 2009: 158).

Terminaré diciendo que los programas de computador no fueran lo que son hoy, si no tuvieran una protección, no es aceptable afirmar que existe ausencia de legislación ya que considero que se ha tenido el avance y actualización de las sofisticaciones de la comunicación.

CONCLUSIONES

La creación del software merece protección autoral no sólo por ser obra de una persona sino también porque gracias a este tipo de proyectos y desarrollos tecnológicos nuestro acervo cultural se extiende en beneficio de toda la sociedad.

En el caso del Software, nuestra legislación colombiana lo equipara a la escritura de una obra literaria, admitiendo que el código fuente de un programa esté protegido por la ley de Derechos de Autor.

La diferencia fundamental entre los Derechos de Autor y la Propiedad Industrial, es que los derechos de autor protegen el medio en el cual va la creación y el ingenio artístico, durante la vida del autor y 80 años adicionales, y la propiedad industrial protege la idea siempre y cuando tenga una aplicación industrial, y se realiza por un tiempo limitado para poder asegurar su explotación económica.

Las ideas no son obras y por consiguiente no se puede adquirir sobre ellas protección alguna, inclusive si son novedosas. No se puede conceder derechos exclusivos que tengan como objeto las ideas.

BIBLIOGRAFIA

Antequera Parilli, Ricardo. *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor: Análisis de jurisprudencia comparada*. Bogotá. Editorial Temis, 2009. ISBN: 978-958-716-298-1.

Antequera Parilli, Ricardo. (2009). *Estudios de Derecho Industrial y Derecho de Autor: Análisis de jurisprudencia comparada*. Bogotá. Editorial Temis.

Cárdenas Pérez, Pablo Emilio. (2003). *Comentarios sobre Propiedad Intelectual*. Ed. Cosmos J.P.A.. Bogotá.

Centro Colombiano del Derecho de Autor. (CECOLDA). En: <http://www.cecolda.org.co/index.php>.

Código Penal. Ley 599 de 2000. Ed. Legis Editores S.A.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-409/98. Santa Fe de Bogotá. 11 de Agosto de 1998. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

Constitución Política de Colombia. Ed. Legis Editores S.A. 2005.

Decisión 351 de 1993. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 3.

Decisión 351 de 1993. Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Artículo 23.

Decreto 1360 de 1989. Artículo 3ro.

En: http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/directivas_circulares/directivas_circulares.htm.

Mayorga, Jaime. (1997) Manual sobre la propiedad intelectual de productos derivados de la actividad académica en universidades y centros de investigación. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá. Colciencias.

Organización Mundial de Comercio. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/intel1_s.htm.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. (OMPI). En: <http://www.wipo.int/about-ip/es/>.

Organización Mundial del Trabajo. En: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/t_agm3_s.htm.

Peña Valenzuela, Daniel. (2001) *.Los aspectos legales de inter<net y del comercio electrónico*. Dupre Editores Ltda

Ríos Ruiz, Wilson Rafael. (2009). *La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones*. Bogotá, Ed. Temis.

Ríos Ruiz, Wilson Rafael. (2009) *La Propiedad Intelectual en la era de las tecnologías de información y comunicaciones*. Bogotá, Ed. Temis.

Valencia, Zea, Arturo. Ortiz M., Álvaro. (1994) *Derecho civil, parte General y personal*. Santa Fe de Bogotá: Ed. Temis 13ª edición,

Yolanda Alvarez, María., Restrepo, Luz María. (1997) *El Derecho de Autor y El Software*. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín, Ed. 1ª Edición.