

Centro Regional para el Fomento del Libro en América Latina y el Caribe © CERLALC, 2007
Selección y disposición de las materias y comentarios, Ricardo Antequera Parilli

“Software”. Obra protegida

PAÍS U ORGANIZACIÓN: Argentina

ORGANISMO: Cámara Nacional Criminal y Correccional, Sala I

FECHA: 4-4-1994

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en *“Jurisprudencia Argentina”* (1994-III), 637; *“La Ley”* (1995-C), 570; y *“El Derecho”* (159), 471.

OTROS DATOS: Lotus Development Corp. y Ashton Tate Corp.

SUMARIO:

“Un programa constituye la expresión concreta de la idea, resultante de un acto intelectual creativo, fruto de la labor personal de su autor, y desde el punto de vista formal refleja un procedimiento, siendo atributo común de ellos, la expresión sobre bases materiales (gráfica, magnética, etc.)”.

“Sentado esto, concluimos que los programas poseen todos y cada uno de los caracteres para que jurídicamente reciban el tratamiento propio de las obras”.

COMENTARIO:

La mayoría de las leyes de reciente promulgación en los países latinoamericanos, con algunas variantes de forma, definen al “software” como la “... 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 una tarea u obtenga un resultado. La protección del programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso”. De acuerdo a ese concepto, lo protegido no son las instrucciones en sí mismas (ya que no son objeto de protección por el derecho de autor las ideas, los procedimientos, métodos o conceptos matemáticos en sí), sino la forma de expresión de esas instrucciones. Se estima que la noción de “software” no sólo alcanza al programa mismo, sino también a su descripción o documentación técnica (que comprende una representación de las instrucciones, suficiente para determinar las operaciones que constituyen el programa) y a los documentos auxiliares o manuales de uso. De allí que al hablar de “programa de computación” o de “ordenador” deba entenderse que incluye a la expresión de la secuencia de instrucciones, a la descripción técnica y a la documentación auxiliar, como lo disponen varias legislaciones. Por supuesto que a la misma conclusión se llega a la luz de cualquier ordenamiento que, según es unánime en el Derecho Comparado, indique entre las obras protegidas a las expresadas por escrito, que es el caso de tales documentos técnicos. Pero el programa de computación es una obra compleja, en el sentido de que forman parte de él diversos elementos creativos, algunos captados directamente por el hombre (“elementos ostensibles”) y que constituyen las “interfase de usuario”, y otros que conforman “elementos ocultos” (estructura interna del programa), no legibles por el ser humano. Por ello, y para evitar confusiones en el intérprete que,

por ejemplo, descartaran el plagio cuando lo usurpado es el “*elemento oculto*” del programa o desecharan la tutela del sistema operativo, resulta conveniente aclarar expresamente que la protección se extiende tanto al programa fuente como al programa objeto (ADPIC, art. 10,1), a “*cualquiera que sea su modo o forma de expresión*” (Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor, art. 4), u otra expresión equivalente de las usadas por varias leyes nacionales. Es de hacer notar, finalmente, que como lo reconoció la doctrina y la jurisprudencia antes de las reformas legislativas de los últimos años, el programa de ordenador siempre tuvo cabida en la protección por el derecho de autor, en su carácter de producto del ingenio humano con características de originalidad y dado el carácter simplemente enunciativo de los catálogos contenidos en las leyes y tratados sobre las obras protegidas. © Ricardo Antequera Parilli, 2007.

TEXTO COMPLETO:

Considerando: Vienen las presentes actuaciones a conocimiento del Tribunal en virtud de los recursos de apelación deducidos a f. 221 por el fiscal de 1a. instancia y por la querrela a f. 222, contra la res. de fs. 218/221, por la cual se sobresee definitivamente en la presente causa, en la que no se procesó a persona alguna, luego de analizar si la reproducción de programas realizado por un legítimo comprador, en el subcaso la empresa Yacimientos Petrolíferos Fiscales, para su propio uso, sin ánimo de lucro, configura el ilícito investigado.

El art. 72 inc. a) ley 11723 (1) considera como supuesto especial de defraudación a la reproducción por cualquier medio o instrumento de una obra inédita o publicada sin autorización de su autor o derechohabientes, enumerándose en el art. 1 del cuerpo legal citado y a título de ejemplo, distintas creaciones intelectuales, sin excluir otras, como bien podrían ser en la especie los programas de computación.

En este orden de ideas, resulta pertinente verificar si estos últimos reúnen las características que doctrinariamente se atribuyen a las obras intelectuales en los términos del derecho del autor y de esta manera lograr un encuadre típico de la conducta enrostrada.

Un programa constituye la expresión concreta de la idea, resultante de un acto intelectual creativo, fruto de la labor personal de su autor y desde el punto de vista formal refleja un

procedimiento, siendo atributo común de ellos, la expresión sobre bases materiales (gráfica, magnética, etc.).

Sentado esto, concluimos que los programas poseen todos y cada uno de los caracteres para que jurídicamente reciban el tratamiento propio de las obras.

Igualmente, la división de los derechos morales y patrimoniales que tienen los autores -arts. 2; 36; 51 y 52 de la normativa señalada- cobra virtualidad en la negociación de los contratos de software, y en la cuestión que vulgarmente se denomina piratería de software, reconociéndose a favor de sus creadores y titulares, acciones civiles, penales y medidas precautorias para repeler su afectación por parte de terceros (vide Langenauer, Inés, "El software en la ley 11723", ED 132-1989-628/633, Bs. As., Universidad Católica Argentina, 1989).

En punto a rebatir el argumento sustentado por la a quo en su pronunciamiento respecto de la atipicidad de la conducta por supuesta inexistencia de fin de lucro o ánimo comercial, resta hacer referencia a que dicho elemento no es requerido en el tipo penal y sobre tal prescindencia se han expedido los tribunales de distintos fueros (C. Nac. Civ., sala D, del 28/2/57 [2], in re "Brinkman de Roldán v. Peinados Pozzi", LL 86-648; C. Nac. Civ., sala 1a., c. 13675 in re "Lissandrelli, R. V.", J.P.B.A. n. 28, en igual sentido Fragoso, Fernando, "La piratería y sus consecuencias legales", Revista El Derecho Industrial, año 12, n. 36, set.-dic. 1990, ps. 773/779, Bs. As., Depalma).

De otra parte y en punto a la reproducción no autorizada de un único ejemplar, el Tribunal entiende que ello es tan ilícito como la practicada en múltiples ejemplares, autorizándose únicamente la anotación manual en oportunidad de una comunicación pública de la obra y no la multiplicación de ejemplares por medios mecánicos (art. 9 ob. leg. cit.).

Reviste singular importancia señalar que los perjuicios causados a los autores con la copia doméstica resulta tan gravoso como los ocasionados por la piratería, pues si bien la primera obedece a una acción individual, su reiteración constante trasunta en una seria reducción del mercado con la consabida pérdida de beneficios.

Para el caso específico del software, la amplitud de su derecho de utilización suele fijarse contractualmente en las "licencias de utilización". En ellas se plasman todas las prerrogativas concedidas al adquirente. Así, en consecuencia de convenio y mientras la legislación no contemple una excepción expresa, debe colegirse que el uso del software está circunscrito al que por su naturaleza se presta la obra, dicho de otro modo, a su ejecución en una única unidad central de proceso por vez.

La ley de propiedad intelectual no tiende exclusivamente a brindar protección al patrimonio del creador de la obra, sino incluso con mayor consideración, al derecho de paternidad sobre ella, atribución de calidad moral que no guarda relación necesaria con la comercialización o lucro.

De todas maneras, surge a esta altura de la investigación que Yacimientos Petrolíferos Fiscales podría haber copiado programas de computación sin autorización, en la magnitud necesaria para equipar todas sus computadoras. De comprobarse que la empresa cuestionada obtuvo una cantidad determinada de software, cuando en realidad necesitaba un número mayor, estaríamos frente a un menoscabo económico de quienes patentaron oportunamente y por los canales legales correspondientes, su obra intelectual y la comercializan.

La reproducción ilegítima de obras intelectuales, justamente alcanza su mayor disvalor cuando se efectúa en el marco de empresas de la envergadura de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, causando al autor mayor daño que en muchos otros casos, ya que queda absolutamente desprovisto de su paternidad, pierde el control de la reproducción de su propia obra.

Decidir que acciones como las que podrían estar investigándose en estas actuaciones son atípicas, abre peligrosas puertas hacia la desprotección de todo trabajo intelectual inédito, máxime cuando contamos con legislación que prevé expresamente la sanción de conductas que se contemplan en una enumeración genérica y abarcativa de todas las creaciones intelectuales.

Por lo expuesto, se resuelve:

Revocar el auto de fs. 218/221 en cuanto sobresee definitivamente en la presente causa en la que no se procesó a persona alguna (art. 434 inc. 1 CPrCr.) y ordenar al a quo que continúe la investigación, para lo cual se advierte necesaria la realización de las medidas solicitadas por la querrela a f. 213 pto. 5, a las que adhiera el ministerio público a f. 216.- Horacio R. Vigliani. - Horacio R. Cattani. - En disidencia Luisa M. Riva Aramayo (Sec.: Carlos M. Garrido).

Disidencia de la Dra. RIVA ARAMAYO

Se ha acreditado en autos que en distintas dependencias del edificio perteneciente a Yacimientos Petrolíferos Fiscales sito en Av. Roque Sáenz Peña 777 de Capital Federal, existían programas originales de computación "Lotus 1-2-3" y "DBase III plus" y copias de los mismos instalados en diskettes y en los discos rígidos de distintas computadoras personales ubicadas en oficinas de la empresa.

Mediante la documentación aportada por Y.P.F. obrante a fs. 34/40, se acreditó que la empresa adquirió por licitación los soportes lógicos originales a "Nugget S.A."

La División Planeamiento y Desarrollo de la Policía Federal Argentina, a través de los

peritajes técnicos efectuados, determinó la existencia de software originales y de diskettes que contenían copias de los primeros, los que no constituían copias de resguardo.

Tal como lo señala la a quo, existe un amplio debate en punto a los alcances de la ley 11723 respecto de los programas de computación. Una parte de la doctrina piensa que el software debe equipararse a la cosa mueble en los términos del Código Civil (Trámite Parlamentario, período 1992, n. 59, 22/7/92, proyecto n. 20, p. 1269).

Otro sector sostiene que los contornos propios del software merecen un tratamiento especial, es decir, el establecimiento de una categoría sui generis para definir su protección (Correa, Carlos, "Protección del software...", Revista de Derecho Industrial, n. 36, p. 574). Por último hay quienes estiman adecuado enmarcar al software dentro de la protección que brinda la ley de patentes industriales.

No obstante ello y a pesar de la necesidad de introducir reformas en su texto, dentro de nuestro ordenamiento legal la ley de propiedad intelectual tutela parcialmente al software. En efecto, el programa es creado a partir de fórmulas lógicas matemáticas que se ordenan en la búsqueda de un resultado particular relativo al tratamiento de la información y en tal sentido es una obra intelectual, una expresión de la inteligencia humana exteriorizada de manera sensible.

Sostiene Ledesma que atacar al software importa quebrantar tanto el derecho moral como el patrimonial del autor; "...la piratería queda asimilada en el campo de la informática a la reproducción ilícita, o sea, a la falsificación legislada en la ley sobre propiedad intelectual. Porque sin duda alguna, la conforma la actividad dolosa del que copia o reproduce el software sin autorización del autor o de sus derechohabientes con un fin lucrativo y en cantidad destinada al uso indiscriminado de terceros, haciendo aparecer un hecho falso como verdadero" (Ledesma, Julio, "Derecho penal intelectual", p. 794, Ed. Universidad, 1992).

De tal manera, la reproducción carece de sanción penal en la medida en que no sea utilizada con fines de lucro (entendido en sentido amplio), no sea puesta a disposición del público, o bien que la reproducción sea destinada al uso particular.

En autos se ha comprobado que todos los programas incautados, originales y copias, estaban destinados exclusivamente al uso interno de Yacimientos Petrolíferos Fiscales sin que existan en la causa elementos que hagan siquiera presuponer que las copias de los originales eran puestas a disposición del público o bien que fueran utilizadas fuera del ámbito de la empresa.

El hecho de que se hallaran diskettes con copias de los software originales nada agrega a la cuestión, por cuanto es indistinto el soporte material en que se asiente el programa si se tiene en cuenta que son copia para uso interno de la empresa. Lo mismo ocurre con la introducción del programa en los discos rígidos de aquellos ordenadores que lo posean o con la copia de seguridad.

La reproducción o la copia ilícita no debe confundirse con la copia privada que no afecta el derecho de explotación que posee el autor de software. Resulta excesivo exigir la autorización del titular del derecho de explotación para la reproducción del programa para uso privado, tal como ocurrió en el suceso que diera origen a la presentación de la querrela, que no constituye delito alguno.

Por otra parte, deben extremarse los recaudos al analizar la legislación existente a fin de evitar cualquier interpretación extensiva o analógica de la normativa penal contenida en la ley 11723 Asimismo, debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia no puede convertirse per se en un instrumento que tipifique conductas no previstas en la legislación so pretexto de una pretendida evolución en las decisiones de los magistrados sin violentar el principio de legalidad consagrado por nuestra Constitución Nacional (3) y uno de los pilares del derecho penal liberal.

Por lo expuesto voto por la confirmación de la res. de fs. 218/221 que sobresee definitivamente en la presente causa n. 6529 del registro de la Secretaría n. 10 del Juzgado Federal n. 4, en la que no se procesó a

persona alguna (arts. 432 y 434 inc. 2 CPrCr.) y tener presente la reserva de caso federal, efectuada por la querrela en su presentación de fs. 241/246.