

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 Federal, Sala 2ª

FECHA: 29-5-1998

JURISDICCIÓN: Judicial (Penal)

FUENTE: Texto del fallo en “*Jurisprudencia Argentina*” (1999-IV), 379-382. Búsqueda en la Web a través del Portal Propiedad Industrial/Intelectual & Mercado. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en <http://www.dpi.bioetica.org/jurisdpi/jurisprudencia.htm>

OTROS DATOS: Microsoft Corporation Inc. y otros.

SUMARIO:

En los programas de computación (software) se advierte la existencia “*de la actividad humana que a través de su intelecto busca dar origen a una determinada obra, siendo esta última a la que corresponderá prestar particular atención más allá de la técnica empleada (lenguaje, método matemático, etc.) o de la circunstancia de que ella necesariamente debe manifestarse a través de un computador*”.

“... los programas de computación son el resultado de una gestión racional y por ende humana y que constituyen el desarrollo de una idea”.

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: 1. Tienen inicio las presentes actuaciones a raíz de la presentación efectuada por el Dr. Antonio Millé, en representación de las empresas Microsoft Corporation Inc., Adobe Systems Inc., Symantec Corporation y The Santa Cruz Operation Inc., en la que denuncia la utilización de copias no autorizadas de programas de computación que estas firmas desarrollan por parte de la sociedad Lotería Nacional, hecho que considera previsto por alguno de los tipos penales prescriptos por los arts. 71 y ss. ley 11723.

Corrido que fue el traslado que prescribe el art. 180 CPr.Cr. al agente fiscal, éste se expide solicitando la desestimación de la denuncia efectuada por inexistencia de delito, conclusión a la que arriba apoyándose en la decisión tomada por la sala 1ª de la Cámara Nacional de Casación Penal con fecha 19/7/95 en las actuaciones caratuladas "Autodesk Inc. s/recurso de casación", en la que se consideró que el software constituye un tipo de obra sui generis no comprendido en la ley 11723 .

El juez de grado no concuerda con la postura sostenida por el agente fiscal, y decide elevar estas actuaciones en consulta a esta alzada a fin de que determine si corresponde iniciar el trámite de la investigación o hacer lugar al pedido de desestimación efectuado por el Ministerio Público.

2. En primer término, corresponde aclarar que la cuestión que este tribunal se encuentra abocado a analizar se encuentra delimitada a determinar si los conceptos "derechos de propiedad intelectual" que contiene el tipo penal del art. 71, y "obra" que contienen los tipos descriptos en el art. 72 ley 11723, son elementos que abarcan o no a los programas de computación.

Debe considerarse que los elementos descriptos más arriba se encuentran íntimamente vinculados a los términos del art. 1 ley mencionada, en el que se enumera una serie de obras que se consideran en esta comprendidas, y finaliza haciendo alusión a "toda obra científica, literaria, artística o didáctica sea cual fuere el procedimiento de reproducción", lo cual indica que la enumeración efectuada en tal norma no es taxativa, pudiendo extenderse a otros supuestos de obra no comprendidos en ella (conf. C. Nac. Crim. y Corr., sala 1ª, "Autodesk", reg. 547 del 19/7/95). De tal modo, la cuestión que el tribunal deberá considerar consiste en determinar si el "software" es o no materia protegida por la ley de propiedad intelectual.

Debe mencionarse que no escapa al tribunal que el software es un fenómeno que irrumpió en la vida social en tiempos relativamente recientes, y que debido a su grado de desarrollo vertiginoso ofrece determinadas particularidades que al momento en que la ley de propiedad intelectual fue sancionada (año 1933) no pudieron haber sido previstas por el

legislador, por lo cual los medios de protección que esa norma ofrece quizás puedan llegar a ser parcial o totalmente inadecuados a la realidad que impera en el mundo de la informática.

Sin embargo, toda consideración que pudiera efectuarse al respecto se trataría de un asunto de política legislativa a la que a los órganos jurisdiccionales se les veda ingresar, ya que de ello implicaría el desconocimiento de la división de funciones de los órganos de gobierno.

En cambio, sí resulta factible que el tribunal interprete los alcances que el legislador brindó a la norma en cuestión y considere su viabilidad a fin de ser aplicada en el caso concreto, extremo al cual los suscriptos comenzarán a dar tratamiento.

Ahora bien, la ley de propiedad intelectual se enmarca en un ámbito en el que se destaca la capacidad creativa del hombre, razón por la cual esa misma capacidad determina que continuamente resulte necesario analizar si una creación presenta o no las características requeridas para estar comprendida por dicha norma.

En tal sentido, es cierto que el software es un hecho nuevo en esta sociedad, mas tal argumento no excluye por sí solo su inclusión como obra protegida por aquella ley. Lo contrario implicaría restringir su aplicación a los elementos que fueron creados al momento de su sanción y a aquellos surgidos luego pero que podía considerarse previsible su surgimiento, circunstancia que la condenaría al fracaso al no atender a aquella capacidad creativa e innovadora propia del hombre.

De acuerdo a ello, la ley de propiedad intelectual debe ser interpretada de manera dinámica a fin de no quedar al margen de los continuos avances tecnológicos que se producen en estos tiempos, ello sin que -por supuesto- su esencia sea forzada o desnaturalizada por medio de esa interpretación.

Así la obra intelectual ha sido definida como "toda expresión personal perceptible original y novedosa de la inteligencia, resultado de la

actividad del espíritu, que tenga individualidad, que sea completa y unitaria, que represente o signifique algo que sea una creación integral"

De esta definición no puede concluirse necesariamente y en todos los casos que los programas de computación queden excluidos del concepto de obra intelectual, en tanto se advierte la existencia en éstos de la actividad humana que a través de su intelecto busca dar origen a una determinada obra, siendo esta última a la que corresponderá prestar particular atención más allá de la técnica empleada (lenguaje, método matemático, etc.) o de la circunstancia de que ella necesariamente deba manifestarse a través de un computador.

En este sentido, se ha considerado que si bien los programas de computación constituyen obras intelectuales protegidas por el derecho del autor, no todo programa puede ser objeto de privilegio amparado por la ley 11723 , requiriéndose en caso similar al de cualquier otra creación intelectual con uso de un medio de expresión humano, ciertos recaudos que algunas creaciones programáticas podrían no llegar a satisfacer, entre los que se menciona a la actividad intelectual, la originalidad, la materialidad y la organización del resultado (Ledesma, Julio C., "El software y los derechos de autor", DAT, octubre de 1997, p. 1/3).

De ello, es válido concluir que no podrá excluirse el carácter de obra intelectual a las obras de software, y que deberá determinarse si el programa de computación que se pretende proteger por medio de la ley 11723 , reúne las características generales exigidas para todo tipo de obras.

Por otro lado, vale recordar que la sala 1ª de esta Cámara de Apelaciones ha sostenido que "un programa constituye la expresión concreta de la idea, resultante de un acto intelectual creativo, fruto de la labor personal de su autor", agregando luego que "los programas de computación poseen todos y cada uno de los caracteres para que jurídicamente reciban el tratamiento propio de las obras".

En este mismo sentido se ha expedido la sala 7ª de la C. Nac. Crim. y Corr. de esta ciudad, considerando "que los programas de

computación son el resultado de una gestión racional y por ende humana y que constituyen el desarrollo de una idea", y que "tal como viniera en el mundo entero cobrando vigencia la protección a las creaciones intelectuales, nuestra ley 11723 lo hizo de manera por demás generosa a poco que se repara de su lectura lo amplio de su extensión" (conf. c. 21673, "C., Javier", del 18/7/97, DAT, julio 1997).

Este criterio ha sido sostenido también por la sala 1ª de ese mismo tribunal al entender que "lo que otorga singularidad a este tipo de programas es la intervención humana, que en su faz intelectual logra recordar esos elementos en pos de obtener un nuevo producto comercial más avanzado que simplifique... la tarea del usuario" (conf. c. 45486, "A. L., C. y otro p/infracción al art. 72 inc. a ley 11723 ", DAT, octubre de 1997).

Por su parte, la sala D de la C. Nac. Civ. también ha compartido los argumentos que aquí se vienen señalando, afirmando que en nuestro actual derecho positivo el software está protegido por la ley 11723 (c. 48505, "AGI S.A. v. Kaiser, Alberto" del 24/2/97, ED 176-417).

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que este tribunal no comparte el criterio expuesto por la sala 1ª de la C. Nac. Casación Penal en la decisión que cita el agente fiscal a fin de fundamentar su pedido de desestimación de la denuncia formulada en autos, siendo del caso aclarar que la Corte Sup. de Justicia de la Nación al momento de intervenir en esas mismas actuaciones no ingresó al análisis de este asunto, por entender que se trataba de una cuestión de derecho común propia de los jueces de la causa que excedía los límites de la jurisdicción extraordinaria (conf. Corte Sup., P. 772. XXXI "Recurso de hecho. Pellicori, Oscar y otros", del 23/12/97, consid. 2).

Por otra parte, robustece la interpretación que se viene exponiendo en la presente el "Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio" suscripto por la República Argentina, aprobado por ley 24425 , en el que se indica que la "expresión propiedad intelectual abarca todas las categorías de propiedad intelectual

que son objeto de las secciones 1 a 7 de la parte II", siendo que la sección I relativa al "derechos de autor y derechos conexos" considera protegidos a los programas de ordenador como obras literarias (art. 10.1), agregando en relación a las compilaciones de datos o de otros materiales que también serán protegidas del mismo modo siempre que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual (art. 10.2).

También establece, de modo general para todo tipo de obras, "que la protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí" (art. 9.2).

De tal modo, si bien este ordenamiento jurídico no resulta suficiente por sí mismo a fin de constituir tipos penales, se advierte que en él se admite que las obras de software en tanto reconozcan cierto tipo de características de las que se desprenda que ellas constituyen creaciones resultantes del esfuerzo intelectual del hombre, sean consideradas obras en el sentido que le asigna el derecho de autor, circunstancia que merece ser tenida en consideración al momento de interpretar la "ley previa" que el principio de legalidad reclama, que en nuestro ordenamiento jurídico interno está constituida por la ley 11723 (art. 71 y ss.).

Por lo tanto, no corresponde que de manera general se excluya de la normativa referida al derecho de autor a las obras de software, sino que estarán comprendidas en él siempre que reúnan las características generales requeridas para todo tipo de creación.

Por ello, el tribunal considera que corresponde rechazar la solicitud de desestimación efectuada por el agente fiscal, el que será apartado de la presente y disponer que el juez de grado corra traslado al representante del Ministerio Público que le siga en orden de turno a los fines del art. 180 CPr.Cr.

3. Por último, resulta necesario aclarar que las consideraciones efectuadas en la presente no comportan una violación al principio de legalidad y la prohibición de aplicar

análogamente sanciones penales a supuestos no previstos por ley.

Existe una diferencia entre "interpretación" y "analogía", ya que mientras que la primera consiste en la búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su "sentido literal posible", la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal (Mir Puig, Santiago, "Derecho Penal, Parte general", 4ª ed., ps. 86/7).

Aquí no se ha pretendido asemejar al concepto de "software" a algún elemento al que pudiera ser equiparado a fin de llenar un vacío legislativo (por ejemplo encuadrando la conducta en el tipo previsto por el art. 162 CP., entendiendo al software semejante a una "cosa mueble"), sino que se ha interpretado que los programas de computación se encuentran

comprendidos en elementos que un tipo penal específico ya contiene.

Por todo lo expuesto, se resuelve:

1) Declarar que en las presentes actuaciones existe mérito suficiente para proceder a la instrucción del sumario (art. 348 párr. 2º CPr.Cr.).

2) Apartar al agente fiscal interviniente Dr. Paulo Starc y disponer que continúe interviniendo en las presentes actuaciones el representante del Ministerio Público que resulte designado por el fiscal de Cámara (art. 348 párr. 2º in fine CPr.Cr.).

3) Disponer que dicho funcionario, en caso de que el juez de grado no haga uso del derecho que le confiere el art. 196 C. de rito, efectúe en las presentes actuaciones el correspondiente requerimiento de instrucción formal (art. 180, 188, 195 y 348 CPr.Cr.).