

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: Colombia

ORGANISMO: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección I

FECHA: 14-12-1990

JURISDICCIÓN: Judicial

FUENTE: Texto del fallo en la base de datos CERLALC/Datalex. Bogotá, 1997. Búsqueda en la Web a través del Portal de la Dirección Nacional de Derecho de Autor de Colombia, en <http://www.derautor.gov.co/htm/home.asp> (jurisprudencia).

OTROS DATOS: Expediente No. 1304

SUMARIO:

Resulta *“no sólo simplista sino equivocado el denominador común que saca el demandante: «El programa de computador es un conjunto de instrucciones para realizar una serie de funciones en un computador. Estas instrucciones están contenidas en una envoltura mecánica; es decir, están almacenadas ; motivo por el cual el programa de computador, como tal, no puede ser una creación propia del dominio literario, ni someterse para su protección, en principio, a la legislación autoral, como se pretende en el decreto al clasificarlo de esta manera en el artículo 1».”*

“Si hubiera de acogerse la singular teoría del accionante, podría decirse que están almacenadas las películas en video-tape, las canciones en la cinta que aprisiona un cassette y que cada quien, a su libre albedrío , podría apoderarse de dichas producciones sin reconocer los derechos que corresponden a sus autores”.

“Colofón de las anteriores aseveraciones es la natural deducción de que el soporte lógico o software, sí es una creación del espíritu en el campo científico y es por lo tanto objeto protegible por la ley sobre derechos de autor”.

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:

[...]

1o. El Decreto 1360 de 1989, fue dictado por el Presidente de la República de Colombia en ejercicio de la facultad consagrada en el numeral 3o. del artículo 120 de la Constitución Política (se refiere a la Constitución de 1886).

2o. El Decreto demandado reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

3o. El Decreto 1360 de 1989, lleva la firma del Presidente de la República y del Ministro de Gobierno.

4o. El Decreto 1360 de 1989 aparece publicado en el Diario Oficial, cuyo ejemplar se adjunta.

ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE

Manifiesta el actor que "las definiciones deben hacerse por medio de ley, porque ellas sirven para interpretar y determinar el alcance de la ley y por mandato del artículo 76-1 de la Carta Fundamental (se refiere a la Constitución Política de 1886), esta atribución es del Congreso y no del Gobierno". Esta

igualmente que, la labor de interpretación "no le corresponde hacerla al Gobierno por medio de un decreto reglamentario, sino por un decreto con fuerza de ley, producto de facultades extraordinarias (Art. 76-12 C.P.), o al Congreso por medio de una ley" o "que sea n los jueces y los funcionarios públicos, según el caso, quienes en asuntos particulares apliquen las leyes y las interpretan por vía de doctrina, en los términos del artículo 26 del Código Civil Colombiano. En cuanto a las precisiones hechas por el Decreto acusado, respecto al artículo 3 del Decreto 1360 de 1989 que define el programa de computador, descripción de programa y material auxiliar, dice que "El Gobierno Nacional se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria que le otorga el artículo 120-3 de la Constitución, porque los términos o materias definibles no aparecen en la Ley 23 de 1982" y que "Asimismo, el artículo 28 del Código Civil, sobre esta materia, establece: "Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente **para ciertas materias se les dará en éstas su significado legal**". Y complementa: "De la parte subrayada se desprende sin duda que las definiciones de artículo 3 del Decreto cuya nulidad solicitamos

corresponde al Congreso o no al Gobierno por medio de un decreto sin fuerza de ley, porque de esta manera viola los artículos citados en este aparte".

Estimata también el accionante que el soporte lógico (software), considerado como obra inédita "salvo manifestación en contrario hecha por el titular de los derechos de autor", debe ser definición que establezca una ley "porque lo que hace es determinar e interpretar una ley presentándose, entonces, un exceso de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, conferida por el artículo 120 numeral 3 de la Constitución Política" (se refiere a la Constitución de 1886)

Sobre el artículo 7 del Decreto demandado que establece: "La protección que otorga el derecho de autor al soporte lógico (software), no excluye otras formas de protección por el derecho común", manifiesta el solicitante de la nulidad: "Este artículo deja entrever, una vez más, que sus redactores no están seguros de que el soporte lógico debe ser protegido por la Ley 23 de 1982, sobre derechos de autor, como lo afirma en el artículo 1 del mismo". Esta posición, afirma, causa en nuestro medio una inseguridad jurídica, no siendo además el Gobierno Nacional, a quien corresponde, por un decreto sin fuerza de ley, establecer lo contenido en este artículo sino que tal protección debe señalarla el legislador por medio de una ley.

Sobre el soporte lógico o software, dice textualmente el actor:

"El soporte lógico o software como creación intelectual puede encuadrar en la propiedad industrial o en los derechos de autor, como lo contempla la legislación de cada país y según las características que tenga, será o no patentable o sujeto a las disposiciones autorales.

Pues bien, algunas definiciones de la parte importante del soporte lógico o software: el programa, son:

a) Es un conjunto de instrucciones para operar una computadora en su análisis de datos y en

sus operaciones generales, no es de por sí una obra ni una invención". (Doctrina generalizada).

b) Es una secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o un área o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión o fijación". (Ley Española de Propiedad Intelectual, art. 96, núm 1.)

c) El Decreto demandado en el artículo 3, literal a) define el programa de computador como "La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independiente 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.

De estas tres definiciones podemos sacar un denominador común: el programa de computador es un conjunto de instrucciones para realizar una serie de funciones en un computador.

Estas instrucciones están contenidas en una envoltura mecánica: es decir, están almacenadas; motivo por el cual, el programa de computador, como tal, no puede ser una creación propia del dominio literario, ni someterse para su protección, en principio, a la legislación autoral, como se pretende en el Decreto al clasificarlo de esta manera el artículo 1".

ARGUMENTOS DEL DEMANDADO

El Ministerio de Gobierno presenta una defensa del Decreto 1360 de 1989 fundamentada en primer lugar, en el artículo 2 de la Ley 23 de 1982 que "entre otras cosas es copia casi textual del artículo 2 del Convenio más importante en materia de protección multilateral al derecho de autor, como lo es el Convenio de Berna de 1886 del cual es miembro Colombia y otros 82 países, entre los que se cuentan Estados Unidos, Francia, Reino Unido, España, etc.

Manifiesta que "haciendo eco de las necesidades planteadas por los diversos

productores del software en el país, quienes día a día venían reclamando un marco de protección para sus programas ante la reiterada reproducción ilícita de los mismos, se empezó a evidenciar la importancia de contar con una reglamentación en este sentido" y que "para ello fueron estudiadas las diversas posiciones doctrinales y legislativas del mundo, siendo evidente que en la actualidad la tendencia casi unánime es la de considerar el soporte lógico como una creación propia del dominio literario, sujeta a disposiciones del derecho de autor". Hace luego un recorrido por las posiciones legales y jurisprudenciales de otros países en cuanto tienden actualmente y en forma generalizada a la protección del software. A nivel americano hace referencia a Argentina, México, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, República Dominicana, El Salvador, Paraguay, Uruguay y Venezuela, naciones en las cuales existen normas legales que protegen el software por la vía de los derechos de autor.

Por otra parte, "la característica dominante en los países desarrollados también es la de enmarcar la protección del software por esta vía. Por su puesto en la definición del tema jugaron un papel importante motivaciones de política internacional, así como las obligaciones emergentes de los acuerdos internacionales en materia de derechos de autor y la presión de los países productores del software, en especial Estados Unidos". Hace entonces un amplio recorrido por las legislaciones y fallos jurisprudenciales de algunos países como Alemania Federal, Australia, India, Hungría, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Francia, Japón, Taiwán, Hong Kong, Corea del Sur, Austria, Canadá, España, Países Bajos, Países Escandinavos (Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia), países que han considerado de manera expresa o tácita la legislación autoral como el medio más adecuado para proteger el software.

Hace especial énfasis el Ministerio de Gobierno en el régimen vigente en los Estados Unidos en donde la Oficina de Derechos de Autor (Copyright Office) acepta para el registro los programas de computador desde 1964 y cita, además, lo que él llama una de las decisiones judiciales más importantes en el que "La Corte expresó con claridad que la expresión de l

trabajo literario no está confinada a la literatura como tradicionalmente la conocemos, sino que abarca todo tipo de expresión personal a través de números, símbolos convencionales o algoritmos. En suma, la Corte dejó sentado que los programas de computador eran protegibles por los derechos de autor, desde su fuente pasando por sus diferentes versiones.

Refiriéndose a los cargos hechos en la demanda contra los artículos 2 y 3 del Decreto 1360 de 1989, manifiesta que la intención del ejecutivo fue la de desentrañar el espíritu de la Ley 23 de 1982 y reglamentar el registro del software, en marcando "dentro de una definición amplia y no limitativa, los elementos de la obra que de manera general comprendieron lo que universalmente se conoce por software, para así poder definir los elementos de la obra que fueran necesarios para su registro".

Y sobre la solicitud de nulidad de los artículos 5 y 6 afirma que no se ha hecho ninguna consideración de fondo en la demanda que permita evidenciar una posible transgresión a la Constitución o a la ley.

En los alegatos de conclusión el Ministerio de Gobierno manifiesta que "aceptar la tesis del demandante con respecto al software, sería negarle la posibilidad de protección a cualquier obra que en el futuro pueda desarrollarse o definirse por cualquier medio conocido o por conocer, pues sería necesario entonces, que cada vez que se requiera una ley que de manera expresa definiera el ámbito de protección a esa nueva obra, con los perjuicios que esto ocasionaría a los autores o titulares al ver utilizadas sus obras sin autorización, pero sin poder defenderse al no encontrar un mecanismo legal eficaz e inmediato para defender sus intereses".

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Fiscal de la Corporación concluye que "los avances tecnológicos no pueden desconocerse por un legalismo pretendido y arguyendo la ausencia de legislación que a veces no tiene la capacidad de avance y actualización de las sofisticaciones de la comunicación y se necesita dar pasos de avanzada hacia un

concepto documental que acorte las distancias que exige la funcionalidad estatal. La base en adelante estará dada por las comunicaciones entre los individuos y mediante el cambio de informaciones cuya de manda es más pronunciada en ese (sic) época más que en cualquier otra época”.

CONSIDERACIONES

La acción pública incoada en esta de manda pretende la declaratoria de nulidad del Decreto Reglamentario número 1360 del 23 de julio de 1989 del Gobierno Nacional, mediante el cual se reglamenta la inscripción del soporte lógico (software) en el Registro Nacional del Derecho de Autor.

- Es pertinente, sin embargo, dejar establecido como primer grado de comparación el texto del artículo segundo de la Ley 23 de 1982 que demarca, en forma por de más nítida y amplia, todo lo que es susceptible de ser amparado por ella la ley sobre derechos de autor:

“ARTÍCULO 2º—Los derechos de autor recaen sobre las obras científicas, literarias, artísticas a las cuales se comprenden (sic) todas las creaciones del espíritu en el campo científico, literario y artístico, cualquiera que sea su destinación, 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 letra o sin ella; 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 un 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 expresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer”.

Es oportuno, igualmente, anotar que el Diccionario de la Lengua define así el vocablo “obra (del latín: ópera) Resultado del trabajo o de la acción”. Se hace esta a cotación por cuanto el actor trae una primera definición (doctrina generalizada) de la parte importante del soporte lógico o software-, el programa, que en su texto reza: “ Es un conjunto de instrucciones para operar una computadora en su análisis de datos y en sus operaciones generales, no es de por sí ni una obra ni una invención”.

Se observa que, además de no citarse en la demanda el origen de tal definición, ésta se encuentra en total desacuerdo con el sentido semántico de la palabra “obra” y así también con el sentido lógico, pues no puede negarse, sin peligro de ir en contravía de una transparente evidencia, que si bien las informaciones sueltas podrían no constituir una invención, su sistematización, su organización secuencial dentro de un programa informático específico, es el resultado de un trabajo, es “una creación del espíritu en el campo científico”, una “producción del dominio científico” que podría reproducirse, o definirse por cualquier forma de impresión o de reproducción, por fonografía, radiotelefonía o cualquier otro medio conocido o por conocer.

Hacia ese concepto se enfoca la definición que trae la Ley Española de Propiedad Intelectual, aportada por el demandante: El soporte lógico o software “Es toda secuencia de instrucciones destinadas a ser utilizadas directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación”. Es más completa y más acorde con la relación pensamiento-resultado la definición del artículo tercero, literal a) del decreto demandado: Es “La expresión de un conjunto organizado de instrucciones, en lenguaje natural o codificado, independiente 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 obvia conclusión de que un trabajo así realizado, con la voluntad teleológica de

obtener una función, un a tarea o un resultado específico, es un trabajo intelectual, tiene la misma fuerza de la gravedad. De ahí que resulte no sólo sim plista sino equ ivocado el denominador común que saca el demandante:

“El programa de computador es un conjunto de instrucciones para realizar una serie de funciones en un computador. Estas instrucciones están contenidas en una envoltura mecánica; es decir, están almacenadas; motivo por el cual el programa de computador, como tal, no puede ser una creación propia del dominio literario, ni someterse para su protección, en principio, a la legislación autoral, como se pretende en el decreto al clasificarlo de esta manera en el artículo 1°”.

Si hubiera de acogerse la singular teoría del accionante, podría decirse que están almacenadas las películas de “vide o-tape”, las canciones en la cinta que aprisiona un cassette y que cada quien, a su libre albedrío, podría apoderarse de dichas producciones si no reconocer los derechos que corresponden a sus autores.

Colofón de las anteriores aseveraciones es la natural deducción de que el soporte lógico o software, si es una creación del espíritu en el campo científico y es por lo tanto objeto protegible por la ley sobre derechos de autor.

Bien puede pues pensarse en que, siendo así que la Ley 23 de 1982 ampara, según la expresión y el espíritu de su artículo segundo, las obras del campo científico comprendidas bajo el nombre de soporte lógico o software, era imprescindible que, para que su aplicación fuera viable se hicieran las aclaraciones y definiciones que la complementaran; sólo la reglamentación aseguraría su cumplimiento siendo el gobierno, en uso de la potestad reglamentaria el encargado de hacer las precisiones de rigor.

Es por ello que resulta desafortunada e inexacta la apreciación del demandante cuando, a folio 3° de su escrito manifiesta que

“...con este decreto se pretendió interpretar la ley autoral (L. 23/82), al regular por medio de

un decreto sin esta categoría, lo relativo al soporte lógico, cuando afirma en el artículo 1° que: “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 privado”.

La inexactitud comienza con la misma transcripción pues, realmente, el decreto en ninguna de sus partes habla de dominio privado; y es inexacta en su verdadera significación ya que un decreto reglamentario no se hace para pretender interpretar una ley sino para desarrollarla y hacerla funcional y aplicable en sus objetivos. Consecuencia de este proemio es la imposibilidad jurídica de que el decreto cuestionado cause agresión a los artículos 26 y 28 del Código Civil, normas que regulan la interpretación de la ley al igual que todo el articulado del Capítulo IV de dicha codificación. Habla el artículo 26 de la interpretación por vía de doctrina y prescribe el 28 que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio. No se ve cómo pueda existir contradicción entre dos mandamientos que tratan de ayudar al juzgador en la dilucidación de normas que puedan carecer de claridad en su sentido y alcance y los ordenamientos del decreto subyacente que, en seguimiento de la filosofía propia de los decretos reglamentarios, hace la complementación de la misma para hacerla ejecutable y formando con ella una integración que las convierte, en la práctica, en una sola disposición.

En forma reiterada el Consejo de Estado ha dicho que la facultad reglamentaria contenida en el artículo 120 numeral 3° de la Constitución hace parte esencial de la misma función administrativa, pieza fundamental en el desarrollo de la ley y de la administración. En sentencia de esta misma Sala (n.º de 23 de 1984 con ponencia del Dr. Samuel Buitrago Hurtado), se afirmó:

“Es imposible que la ley contemple o contenga todos los requisitos o reglas en detalle que son indispensables para su debida aplicación. No es posible que la ley tome en consideración los diversos casos particulares que se pueden prever en determinada materia; ese sería el casuismo legal indicativo realmente de una

falta de técnica legislativa, com o lo ha dicho el Consejo en no pocas ocasiones. Consecuencialmente, la función de hacer operante la norma legal en cuanto a ciertos aspectos y detalles, la cumple el reglamento. La ley sigue los principios generales y el decreto reglamentario los desenvuelve en todos sus pormenores” .

Esta labor de complementación cumplida por un decreto reglamentario no es, como en el caso que a hora ocupa la atención de la Sala, no puede serlo, confundible ni con la labor de interpretación que contemplan los artículos 26 y 28 del Código Civil, ni con la atribuida al Congreso mediante el numeral 1° del artículo 76 de la Carta que, por ende, no resulta tampoco violado con el Decreto 1360 de 1989. Tampoco lo es, por lo explicado, el artículo 120 numeral 3° que se ve en él lealmente interpretado y aplicado. Con menos razón lo es el numeral 12 del mismo artículo constitucional cuya mención, sin ninguna explicación valedera, resulta extraña a al ser invocada en el libelo.

Es de concluirse, que el estatuto demandado es jurídicamente procedente, que no hay en él bajo el supuesto pretexto del ejercicio de la potestad reglamentaria, ni intención de interpretar una ley de por sí clara, ni exceso en el ejercicio de dicha potestad, teniendo más

bien como objetivo indiscutible el hacer eficaz, efectivo y plenamente operante el derecho consagrado en la norma superior.

El decreto acusado, tiene en su contexto, preceptos que se derivan en un todo de las disposiciones legales que reglamenta, no habiendo en él ni nuevas obligaciones ni tampoco prohibiciones que extralimiten los patrones de la ley generatriz de esos derechos; no hay usurpaciones a la voluntad legislativa sino el desenvolvimiento claro y preciso de un principio consagrado en la ley cumpliéndose la finalidad de complementarla sin entrar a hacer interpretaciones ni sustituciones sino precisiones sobre lo que en ella estaba implícito .

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, después de atender el concepto del Ministerio Público y de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. Declárase no probada la excepción de Ineptitud sustancial de la demanda.*
- 2. NIÉGANSE las súplicas de la demanda.*