

COMPILADO DE APUNTES DE PROPIEDAD INTELECTUAL

PROTECCIÓN DEL SOFTWARE

Abog. Ana Tancredi

Desde los primeros tiempos el ser humano apeló a su inteligencia y a su poder creativo para superar los desafíos y las dificultades que le deparaba el entorno. Es así, que ya en la era más remota tuvo la iniciativa de fabricar instrumentos de piedra para preparar machetes, lanzas y flechas y dedicarse a la caza para aprovisionarse de alimentos. En forma paralela a la evolución de los instrumentos de caza, el ser humano empezó a exteriorizar sus actitudes en el ámbito del arte a través de las primeras pinturas o diseñando el formato de los utensilios y ornamentos. Si hay algo que tuvo de constante la raza humana desde sus orígenes fue su incesante ímpetu de superarse y utilizar su capacidad intelectual creativa para ir más allá en el área de la ciencia el arte y la industria y eso lo ha distinguido de los restantes seres que habitan el planeta.

Varios siglos han transcurrido y actualmente vivimos inmersos en una época de globalización en la cual la información y el conocimiento ocupan un lugar relevante en la generación de riqueza y donde el crecimiento de una empresa se encuentra fuertemente vinculado a la generación o al acceso de conocimientos estratégicos que le permita sustentar una ventaja competitiva frente a los demás agentes del mercado. No en vano las compañías líderes suelen priorizar sus inversiones para sumarle valor agregado a sus productos, valor que proviene del trabajo intelectual que en importancia ha desplazado al trabajo manual.

Es así como hoy en día la mayor valuación de una empresa depende más de sus activos intelectuales que de sus activos fijos tangibles. Se ha ido verificando un paulatino descenso en distintos sectores de la industria en la producción de bienes de primera necesidad a favor de la de bienes con alto valor añadido, debido a los mayores aportes que brinda la tecnología en complemento con la creatividad del ser humano. Bienes dotados con contenidos innovadores, con originales diseños e imágenes, con atractivas marcas contribuyen de manera importante a posicionar un bien en el mercado posibilitando algunas empresas mejores perspectivas de consolidarse por sobre otra.

Por otro lado, todos los días las personas interactúan con creaciones del intelecto que han sido incorporadas a su vida cotidiana: teléfonos celulares, equipos de computación portátiles, equipos de audio y video, dispositivos electrónicos incorporados en automóviles, aviones y trenes, medicamentos, indumentaria y artefactos con diseños artísticos, libros, revistas y piezas musicales, innumerables bienes identificados con marca.

La propiedad intelectual ha cobrado una notable trascendencia en nuestras vidas y su tutela resulta estrictamente necesaria tanto para los creadores como para la comunidad. Los primeros necesitan un incentivo para la realización de sus labores intelectuales e inventivas, aspirando a explotar sus creaciones en forma exclusiva por un periodo determinado de tiempo, con el propósito de que se les brinde una oportunidad para lograr una adecuada compensación por su inversión en capital, esfuerzo intelectual y tiempo. Por su parte la población se beneficia indudablemente con estos aportes creativos pues incesantemente se van incorporando en sus quehaceres nuevas opciones para el trabajo y el esparcimiento, para comunicarse y para trasladarse, para cuidar su salud, en síntesis, para gozar de una

mejor calidad de vida. Cabe suponer que si toda invención, marca, obra literaria o artística pasara a formar parte de manera inmediata del patrimonio común de la sociedad, sin conferir a sus autores un plazo mínimo de protección para disponer de forma exclusiva de la obra fruto de su intelecto, la labor creativa indefectiblemente perdería mucho de su incentivo. Una empresa y su equipo de científicos no asumirán el riesgo de iniciar un proceso de investigación si sabe de antemano que nadie contribuirá con el riesgo de encarar semejante proceso, pero sí que aparecerán socios no queridos si tal investigación arroja un nuevo producto exitoso. Un comerciante no tendrá estímulo para lanzar al mercado artículos o servicios de calidad si su marca puede ser apropiada por terceros. Un novelista, un compositor o productor de cine, en el mejor de los casos, contará con un reconocimiento espiritual por su trabajo, pero la recompensa económica será mínima si cualquiera puede reproducir y hacerse de la obra sin autorización.

En concreto, los derechos de propiedad intelectual han sido concebidos para promover la creación de innovaciones de distinta índole y la manera más apropiada para lograrlo es concederle al innovador un derecho de explotación exclusiva de su innovación durante un periodo determinado de tiempo. Si no se le reconociese a los creadores de bienes intangibles un derecho de propiedad sobre sus obras, el efecto normal será admitir la copia generalizada, lo que redundará en la desaparición de los incentivos para innovar, situación que terminará repercutiendo desfavorablemente en la sociedad.

Llama la atención que la idea de propiedad para muchos todavía se aplica sin discusión para las cosas tangibles pero no es tan tajante para los intangibles. Si alguien sustrae o roba una computadora o un teléfono celular, casi nadie dudaría en calificar como hurto, robo o sustracción a tal acto. Aquí es claro que se ha privado a una persona de su propiedad. Mientras que quien ha cometido el delito podrá disfrutar del objeto sustraído, el propietario se verá impedido de hacerlo. No obstante, si alguien copia la canción de otro compositor o la obtiene para escucharla sin autorización del titular de los derechos, se piensa que esta forma de apropiación no es tan ilegítima como la anterior ni merece la misma condena, pues el autor no deja de poder seguir utilizando y aprovechando su creación. No se percibe con claridad que la utilidad comercial de los bienes intangibles puede ser muy elevada, como tampoco los efectos repetidos de los actos de usurpación. Si alguien roba la tecnología que está detrás de un teléfono celular, el valor de tal tecnología excede de manera desproporcionada el valor unitario del objeto sustraído. Aquí, quien ha delinquido ha tomado la potencialidad incorpórea para fabricar muchos teléfonos celulares. Y el efecto colateral es que de repetirse estas conductas con impunidad, ya casi nadie estará dispuesto a invertir en lograr nueva tecnología que será usurpada tan pronto el producto se encuentre en el mercado.

Para que las reglas del juego sean justas y previsibles, es lógico que el ordenamiento jurídico haya reaccionado concediendo a inversores o creadores un plazo para la explotación exclusiva de los bienes inmateriales.

En definitiva, cuatro conceptos descansan detrás de la justificación de proteger a los activos intelectuales:

Uno de ellos es el concepto de "*recompensa*" que reposa en la idea de que si el legítimo innovador merece protección, es justamente para reconocer públicamente el esfuerzo dedicado y el logro obtenido.

Ello va de la mano de la "*recuperación*" pues es justo brindarle al innovador que ha invertido esfuerzo, tiempo y dinero la posibilidad (no la garantía) de que pueda recuperar una proporción de lo gastado y hasta obtener una ganancia.

Todo ello se complementa con la idea del “*incentivo*” pues siempre será beneficioso para enviar señales a los miembros de la comunidad de que si dedican esfuerzos y recursos a la creatividad, la invención o el diseño, existirá un reconocimiento “moral” y la chance de una compensación económica.

Finalmente, el “*riesgo*” siempre se encuentra latente en el trabajo intelectual. La creación y la inventiva se conducen por varios caminos muchos de los cuales culminan en el fracaso. El proceso creativo es riesgoso. Las horas dedicadas a escribir un libro dejarán una huella de fatiga e insatisfacción si la obra es finalmente ignorada. Una marca que es lanzada al mercado con gran expectativa de éxito puede torcer el rumbo de una empresa si termina siendo indiferente para el público. Tampoco nadie asegura que los recursos que, con sacrificio se han destinado al desarrollo de una invención, terminen en un objeto patentable y, aún así, que sea aceptado por el mercado. Por lo tanto, resulta estrictamente necesario otorgar protección a los resultados de tales actividades para que haya gente dispuesta a afrontar semejantes riesgos.

El gran desafío consiste en lograr un justo equilibrio, en el sentido de que los derechos reconocidos deben ser suficientemente amplios para que actúen como incentivos, pero no tan desproporcionados que terminen por impedir que otros puedan competir en el mismo campo de la materia protegida por el creador. Así, por ejemplo, Samuel morse pudo patentar su instrumento para la comunicación telegráfica, pero no pudo pretender la exclusividad de cualquier uso de todo el espectro electromagnético. De la misma manera en el caso de los derechos autorales, quien ha escrito una novela puede impedir que se haga su adaptación al cine sin su autorización, pero quien ha publicado una investigación acerca de un prócer de la independencia no puede prohibir que otros trabajen y publiquen sobre el mismo tema.

¿QUÉ ES LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

Podemos definir a la propiedad intelectual como un conjunto de derechos de naturaleza temporal que permite a sus titulares la explotación exclusiva de sus creaciones intelectuales y a excluir a los terceros de la explotación no autorizada de las mismas. De esta manera, este tipo de propiedad protege los frutos de la capacidad intelectual humana.

La Organización Mundial del comercio (OMC) ha señalado que “los derechos de 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”.

La idea de poder disponer de un derecho exclusivo es vital en cualquier esfuerzo para salvaguardar los productos derivados de la mente. El titular del derecho siempre podrá autorizar a terceros a hacer lo que de otro modo le estaría prohibido por el derecho.

Toda exteriorización de un pensamiento puede ser considerado como un producto intelectual, pues deriva de la actividad mental de su autor quien crea mediante su inteligencia ideas, conceptos y expresiones. Sin embargo, no toda exteriorización del pensamiento humano es digno de ser protegido bajo el régimen de propiedad intelectual.

El convenio que dio origen a la Organización Mundial de la propiedad intelectual enumera entre los elementos protegidos: “a las obras literarias, artísticas y científicas; a las interpretaciones de los artistas

intérpretes y a las ejecuciones de los artistas ejecutantes; a los fonogramas y a las emisiones de radiodifusión; a las invenciones en todos los campos de la actividad humana; a los descubrimientos científicos; a los dibujos y modelos industriales; a las marcas de fábrica, De Comercio y de servicio; así como a los nombres y denominaciones comerciales; a la protección contra la competencia desleal y todos los demás derechos relativos a la actividad intelectual en los terrenos industrial, científico literario y artístico.

La propiedad intelectual comprende dos grandes ámbitos:

1. la propiedad industrial que incluye a las marcas comerciales, las designaciones comerciales, los nombres de dominio, las patentes de invención, los modelos de utilidad, los dibujos y modelos industriales, las denominaciones de origen, los secretos industriales, el régimen de los datos científicos
2. el derecho de autor que tiene por objeto la protección de las obras literarias, artísticas y científicas, entre las cuales se ha incluido a los programas de computación.
3. MARCA: la marca es el signo mediante el cual un determinado producto o servicio es conocido y acreditado ante el público. La función esencial de una marca consiste en distinguir un producto o un servicio de otros, otorgando a su titular un derecho exclusivo de uso. (**Ver Ley de Marcas N° 22 362**)
4. DESIGNACIÓN COMERCIAL: la designación comercial es el nombre que permite identificar a un establecimiento en el ejercicio de sus actividades.
5. NOMBRE DE DOMINIO: el nombre de dominio es el signo que permite el acceso a un sitio o página de internet y que simultáneamente contribuye como medio distintivo de la misma.
6. PATENTE DE INVENCION: la patente de invención tiene como fin proteger las nuevas invenciones con el objeto de fomentar la actividad creativa aplicable a los procesos industriales. Su existencia, si bien se relaciona con la idea de una justa retribución a favor del inventor, se funda básicamente en consideraciones relativas al interés público, ya que el establecimiento de un régimen de derecho de patentes contribuye en forma decisiva al progreso tecnológico y económico de los países. (**Ver ley de patentes N° 24.481**)
7. MODELO DE UTILIDAD: el modelo de utilidad ha sido concebido para proteger las mejoras funcionales de objetos de uso netamente práctico tales como herramientas, instrumentos de trabajo y utensilios.
8. MODELOS O DISEÑOS INDUSTRIALES: los modelos o diseños industriales son las formas o el aspecto incorporados o aplicados a un producto industrial que le confieren carácter ornamental la distinción entre modelo y diseño industrial es la siguiente: el modelo es un objeto espacial, tridimensional y el dibujo o diseño se sitúa en un plano y consiste en cierta combinación de colores o líneas.
9. DENOMINACIÓN DE ORIGEN: la denominación de origen consiste en la denominación geográfica de un país, de una región o de una localidad apta para designar un producto que es originario del lugar, y cuya calidad o particularidades se atribuyen exclusiva o esencialmente al medio geográfico comprendiendo los factores naturales y los factores humanos.
10. SECRETO INDUSTRIAL: el secreto industrial es aquella información, incluyendo fórmulas, diseños, compilaciones, programas, inventos, métodos, técnicas y procedimientos que reúne valor comercial actual o potencial y que no es generalmente conocida ni fácilmente accesible por

terceras personas, quienes podrían obtener algún tipo de beneficio por su uso o revelación. Esta información es sometida a medidas de seguridad para mantener su confidencialidad.

11. PROTECCION O EXCLUSIVIDAD DE DATOS: el derecho de protección o exclusividad de datos tiene el objetivo de tutelar los datos que obran en las solicitudes de registro que presentan, por ejemplo, empresas farmacéuticas y químicas a las autoridades regulatorias, como ser la administración de alimentos y medicamentos de los Estados Unidos (FDA), la agencia europea para la evaluación de productos medicinales (EMA) y las autoridades regulatorias de los diferentes países, como Argentina la Administración Nacional de medicamentos, alimentos y tecnología (ANMAT).
12. DERECHO DEL OBTENTOR: el derecho del obtentor protege las creaciones filogenéticas y las semillas y simientes y conceden al obtentor un derecho de propiedad análogo a que los amparados por la propiedad industrial y a los derechos estas creaciones facultarán al innovador a impedir que terceros usen, fabriquen, promocionen, importen y comercialicen tales bienes. Y eso sí tiene su correlato en gozar de su explotación exclusiva.

Por su parte, el convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas agrupa las obras amparadas por el derecho de autor:

- A. las obras literarias y artísticas comprenden todas las producciones en el campo literario científico y artístico cualquiera sea el modo o forma de expresión tales como libros folletos y otros escritos las conferencias alocuciones sermones y otras obras de la misma naturaleza las obras de dramáticas o dramático musicales las obras coreográficas y las pantomimas las composiciones musicales con y sin letra las obras cinematográficas las obras de dibujo pintura arquitectura escultura grabado litografía las obras fotográficas 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
- B. las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística
- C. las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por selección o disposición de las materias constituyan creaciones intelectuales.

DIFERENCIAS ENTRE PROPIEDAD COMÚN Y PROPIEDAD INTELECTUAL

Tradicionalmente, el derecho a la propiedad se circunscribía a dos ámbitos claramente diferenciables. Por un lado, se hallaban los denominados derechos personales que regulaban las relaciones entre deudores y acreedores. Por otro lado, se encontraban los derechos reales cuyo ámbito se vinculaba con las relaciones que podían establecerse entre una persona y una cosa. Actualmente, además de estas dos esferas de derechos patrimoniales se ha agregado una categoría adicional: los derechos intelectuales que no regulan ni las relaciones entre acreedor y deudor ni aquellas relativas a una persona con respecto a las cosas. La función de los derechos intelectuales es diferente, sirviendo de sustento legal para una clase

especial de bienes que no son corpóreos sino intangibles. La propiedad intelectual determina una relación de señorío entre una persona y cierto tipo de bienes inmateriales.

La primera diferencia con la propiedad común claramente perceptible radica entonces en que la propiedad intelectual recae sobre bienes intangibles. Una etiqueta o un envase no es la marca en sí sino el soporte material del signo. El artefacto que pone en marcha un dispositivo para guiar a un conductor en un automóvil no es el objeto de tutela de la patente de invención sino el concepto inventivo que se plasma en ese artefacto como en tantos otros que son fiel reproducción de la materia reivindicada. El disco compacto no es la obra musical, ni una publicación encuadernada tampoco es la obra literaria, si no las herramientas para que tales creaciones lleguen al público. En cambio, la propiedad común recae sobre bienes corporales ya sean muebles o inmuebles.

Por su parte, la propiedad común en el aspecto temporal es perpetua, mientras que la propiedad intelectual está sometida a límites en el tiempo. Ello se sustenta en el principio de conferirle un plazo al creador para que pueda compensar las inversiones realizadas (valor económico) como el esfuerzo y dedicación empleados (valor ideal) que fueron necesarios para concretar la creación o innovación, transcurrido el cual cualquier miembro de la comunidad estará legitimado a reproducirlas libremente. En concreto, una vez vencidos los plazos fijados por la legislación para cada bien intangible, se vuelven en bienes comunes o de uso público y cualquiera puede explotar los patrimonialmente. Los derechos Morales que serán mencionados en el próximo punto si bien son distintos de aquellos amparados bajo la propiedad clásica pues no son disponibles y se asemejan más a los derechos de la personalidad, comparten de la propiedad clásica su naturaleza perpetua.

El derecho tradicional de propiedad se transgrede si el titular es desplazado de su bien cuando el mismo es usurpado, o es privado de él porque resulta dañado. Los derechos de propiedad intelectual son susceptibles de ser infringidos cuando terceros incurren en la imitación o reproducción no autorizada del bien intangible, pero esta situación no priva a su titular de la explotación del activo inmaterial.

El daño provocado a un bien material generalmente se traduce en la pérdida o desposesión de la cosa para su propietario, quién sufre una pérdida de valor en su patrimonio. En el ámbito de los derechos intelectuales, la falsificación y comercialización de copias no autorizadas no necesariamente repercute en una disminución del patrimonio del propietario sino que afecta a sus ganancias traduciéndose eso en un lucro cesante.

DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS INDUSTRIALES Y DERECHO DE AUTOR

Las concepciones del intelecto están comprendidas en dos grandes categorías: una que encierra las manifestaciones intelectuales referentes a las ciencias puras y las artes; y otra que abarca las creaciones aplicables especialmente en la industria y el comercio.

Las obras inmateriales tenían entonces una repercusión en dos escenarios: El Mundo de la estética y El Mundo de la técnica en el primero, ayudamos a las obras literarias científicas y artísticas que aportan principalmente a la recreación del espíritu y a la mente del ser humano que actúa básicamente como espectador, cultivando y elevando su sensibilidad, sentimientos o razonamiento. Esto se puede apreciar con mayor precisión al considerarse el tipo de obras que caen bajo la regulación de los derechos autorales: novelas, ensayos, poemas, literatura técnica y científica, obras de teatro, pinturas, esculturas dibujos programas de computación obras arquitectónicas.

En el segundo escenario, las obras inmateriales contribuyen decididamente a la producción y comercialización de bienes y servicios en este ámbito el ser humano no ejerce sobre ellas un rol pasivo sino activo, en el sentido de que las usa en su beneficio por su aplicación industrial o comercial. En este mundo ingresan las marcas, designaciones, invenciones, diseños industriales, secretos empresariales.

Mientras que los derechos de autor tutelan la forma de expresión de una idea en los ámbitos literarios, científicos y artísticos, los derechos industriales brindan una exclusividad de explotación sobre la aplicación práctica o el aprovechamiento industrial de las ideas. Lipszyc sostiene que “corresponde a las leyes de la propiedad industrial proteger la aplicación práctica o el aprovechamiento industrial de las concepciones intelectuales, pero no la publicación, difusión y reproducción de la descripción e ilustración de éstas, lo cual es materia del derecho de autor”.

Los derechos de autor han sido concebidos no solo para permitir a los creadores en este ámbito la posibilidad de obtener una recompensa económica, ya sea por la explotación de las obras, como a través de autorizar su uso a un tercero, o por medio de sucesión total o parcial. También existe un reconocimiento de naturaleza moral. A los autores se les habilita 1 segundo grupo de derechos que son denominados derechos Morales que enfatizan garantizar el nexo autor-obra, pues le aseguran a ellos la atribución de reclamar y reivindicar la paternidad de la obra (derecho a la paternidad) y a oponerse a cualquier alteración, deformación o mutilación de la misma (derecho a la integridad) que afecte la impronta personal del creador que se ha visto plasmada en su obra. Mientras que los derechos patrimoniales son por esencia transferibles irrenunciables, los derechos Morales que son propios de los derechos autorales son personalísimos, inalienables e irrenunciables, de manera que el vínculo del autor con su obra y a su integridad se mantienen aún cuando aquel haya transferido los derechos patrimoniales.

Asimismo, el ordenamiento jurídico confiere tanto a los titulares de derechos industriales como de derechos de autor la atribución de explotar sus creaciones en forma exclusiva y de poder reclamar contra aquellos terceros que incurrir en la actualización o reproducción no autorizada de las mismas. Sin embargo, el periodo de protección de los derechos autorales generalmente es más extenso que en relación a los derechos industriales. Actualmente, la mayoría de las legislaciones en materia de obras intelectuales le otorgan protección durante toda la vida del autor y hasta 70 años después de su fallecimiento. De este modo, se permite a los herederos beneficiarse económicamente de la explotación de la obra luego de la muerte del autor, situación que luce inconcebible tratándose de derechos industriales. En este sector no hay un plazo uniforme de protección. Las marcas suelen protegerse en los distintos países por 10 años a partir de su registro, las patentes se extienden por 20 años a partir de la fecha de presentación de la solicitud, los dibujos y modelos industriales disponen de una tutela mínima equivalente a 10 años.