

ALGUNAS OBRAS DIGITALES Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

Rodolfo Herrera Bravo
Abogado
Magíster en Derecho Informático
Doctorando en Derechos Constitucionales e Informática

1. Planteamiento del problema; 2.- Protección jurídica de los programas computacionales; 2.1. Aspecto técnico; 2.2.- Aspecto económico; 2.3.- Aspecto jurídico; 2.3.1.- La protección civil; 2.3.2.- La protección penal; 2.3.3.- La propiedad industrial; 2.3.4.- La propiedad intelectual; 2.3.5.- Otras formas de protección; 2.3.6.- Una protección particular; 3.- Protección jurídica de obras digitales escritas, musicales, audiovisuales e imágenes; 4.- Protección jurídica de las obras multimedia; 4.1.- Producciones multimedia; 4.2.- Programas multimedia; 4.3.- Obras multimedia; 5.- Protección jurídica de las bases de datos; 5.1.- Obras preexistentes contenidas en la base de datos; 5.2.- La base de datos en sí misma; 5.2.1.- Derechos exclusivos del autor de la base de datos; 5.2.2.- El derecho sui generis del fabricante; 5.2.3.- Derechos de los usuarios legítimos de la base de datos o de sus copias; 6.- Situación chilena; 7.- Conclusiones

1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Proteger las obras producidas por el intelecto humano en la era digital no es sino, ofrecer soluciones a los problemas que causan los cambios tecnológicos en los usos tradicionales de éstas. La desmaterialización de las obras, su compresión en formatos nuevos, su uso interactivo y la interacción en las transmisiones son algunas características distintivas de un nuevo producto de la creación humana: la obra digital.

Al digitalizar una información, ésta se representa por un conjunto ordenado de símbolos, números que emplean un sistema binario o de base dos, es decir, en el que sólo existen dos cifras, el 0 y el 1. Esta secuencia de dígitos binarios (bits), no se expresa en un lenguaje inteligible para el hombre, por lo que se requiere de un computador para procesarlos y entregarlos al usuario de un modo entendible.

Para la *American Bar Association*, según cita Patrice Lyons, las obras digitales son *“obras literarias consistentes en un conjunto ordenado de símbolos de un alfabeto discreto, tales como programas computacionales o estructuras de conocimiento, que son susceptibles de funcionamiento cuando son procesados”*¹.

Es decir, una obra digital se caracteriza, y con ello se diferencia de la obra convencional, porque:

- es totalmente precisa la representación de los datos;
- la información puede ser manipulada, ya que es inherentemente maleable;
- es fácil reducir los componentes digitales y, por ende, la información analógica relacionada;
- al copiarse la información, ésta no se degrada; y
- se puede transmitir a través de redes computacionales.

¹ Lyons, Patrice A. *Administrando el acceso a la información digital: algunos temas de terminología básica*. Revista Derecho de Alta Tecnología, año IX, N° 107, julio de 1997, ps. 6 y 9.

Por otra parte, las manifestaciones de obras digitales son diversas. Así por ejemplo, contamos con trabajos escritos digitalizados, sean obras literarias, científicas, artículos de prensa, correos electrónicos y archivos anexados a éstos. Además, están las obras musicales y audiovisuales, desde música, voz o efectos especiales hasta películas y reportajes. También tenemos dentro de estas obras a las imágenes, tanto las creadas por el computador, como un mapa o un gráfico; o las que han sido digitalizadas, como las fotografías escaneadas. Mención especial merecen las complejas obras multimedia, en las cuales se integran trabajos de nueva creación con obras preexistentes además de ciertas herramientas de búsqueda y clasificación de información, todo en un mismo soporte². También son obras digitales los programas computacionales y las bases de datos. En relación con estas últimas, la protección deberá distinguir previamente entre sus elementos, es decir, el software que la opera, los datos contenidos en ella y el contenedor mismo o base de datos propiamente tal.

Por último, y aunque no serán temas a desarrollar en este trabajo, son obras digitales las páginas web en Internet. Acá también se hace necesario distinguir varios elementos, tales como, su contenido, los enlaces de hipertexto, el código HTML usado actualmente para armarlas y los nombres de dominio.

Bien señala Ricardo Antequera que pese a las diferencias en la doctrina, la protección del Derecho de Autor se ha entendido como la herramienta a utilizar tanto para los programas computacionales, las bases de datos y las producciones multimedia. Sin embargo, advierte que la combinación de la tecnología digital y las telecomunicaciones a través de satélites y redes de fibra óptica, comienzan a producir un sinnúmero de nuevas formas de explotación de las obras, que repercuten tanto en la esfera de los derechos morales como en los patrimoniales, derivados del Derecho de Autor³.

Finalmente, gracias a que la fidelidad de imagen y sonido en una obra digital no se altera al transmitirla por vía telemática, ya que se puede almacenar digitalmente y sacar copias privadas, es probable que en el futuro, parte del público acuda menos a adquirir el soporte físico que contiene la obra para disfrutarla, por lo que se debe buscar la forma de compensar a los titulares de los derechos, antes que se desestimule la actividad autoral y artística, y a los productores. Por ello, se plantean nuevos desafíos a la gestión colectiva, al ser necesario el establecimiento de mecanismos de control, recaudación y distribución más eficaces, que permitan recibir las contraprestaciones derivadas del ejercicio de los derechos autorales.

2.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS COMPUTACIONALES

² Estas ideas son desarrolladas por Guillermo Beltramone y Ezequiel Zabale, en la ponencia *Algunas consideraciones sobre la propiedad intelectual en las obras digitales*, presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Montevideo, Uruguay, mayo de 1998.

³ Basado en las opiniones vertidas por Ricardo Antequera en *Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico. ¿Adaptación o cambio?* Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997, ps. 88-96.

La demanda de protección para el programa computacional, software o soporte lógico⁴, en la década del sesenta no era considerada, ya que los fabricantes de equipos producían su propio software, el cual sólo podía ser utilizado en los computadores que construían. En los inicios de la comercialización de computadores en los años setenta, sólo el 30% del capital destinado a desarrollar la industria informática se destinaba al software, y el 70% al hardware. Luego, la creación de programas se hizo más compleja y costosa, naciendo un mercado autónomo de software en el que, si bien los fabricantes mantenían un segmento importante del desarrollo de los programas de base, crecieron las empresas independientes de software, pasando la industria de la programación a absorber al menos el 70% de los costos⁵.

Precisamente, al pasar el software a ser un objeto separado de comercialización, y al presentar vulnerabilidad frente a su facilidad de copia a bajo costo, se generó la necesidad de su protección. Además, junto con la masificación de la computación personal y la creciente competitividad en la oferta de software por parte de los proveedores, los contratos informáticos relativos a hardware o equipos se disociaron de aquéllos sobre producción y comercialización del soporte lógico. Ello, junto a la mayor independencia del software en relación con un hardware determinado y su compatibilidad para usarse en diferentes equipos, son las razones que reafirmaron el requerimiento de protección para los programas⁶.

Sin embargo, el tema de la protección de este tipo de obras digitales conviene observarlo desde un aspecto técnico, uno económico y otro jurídico.

2.1.- Aspecto técnico

En cuanto al aspecto técnico⁷, los programas de computación son el resultado de una secuencia que comprende desde la idea para solucionar un problema hasta el programa ejecutable. En ese trayecto pasa por las siguientes etapas: primero, por el algoritmo o método a seguir, es decir, por un conjunto finito de pasos lógicos creados para la solución del problema; segundo, por el flujograma, organigrama, diagrama de flujo o plan de solución, que es un diagrama que representa ese algoritmo; tercero, por el programa o código fuente que son las instrucciones escritas por el programador en un lenguaje de programación evolucionado que retoma directamente los elementos del flujograma; cuarto, por un compilador que traduce el código fuente; quinto, por la salida del compilador llamada programa o código objeto, que es la traducción del programa fuente al lenguaje binario del sistema computacional en el cual se utilizará el programa; y sexto, en los sistemas en que no se puede ejecutar inmediatamente el programa objeto por su formato, se recurre al programa de

⁴ Programa computacional es un conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un disquete, cassette, disco compacto, cinta magnética u otro soporte material. Si bien existen diferencias técnicas entre los conceptos de programa computacional, software y soporte lógico, utilizaremos estos términos como sinónimos, a sabiendas.

⁵ Idea desarrollada por Julio Téllez Valdés, obra cit., p. 85.

⁶ Tales ideas se encuentran también en obra cit., de Correa, Batto, Czar y Nazar, ps. 53-54.

⁷ Creemos que la especialización en estas materias implica tener estudios serios en el área de la informática, para contar con una cabal comprensión del fenómeno informático. Sin embargo, este trabajo no busca desarrollar temas técnicos de computación, ya que para ello, existe abundante bibliografía de autores especializados, a la cual recomendamos acudir si es necesario.

enlace, que produce un programa de carga o ejecutable que puede ser llevado a la memoria del computador para su ejecución.

En vista de las distintas etapas por las que debe pasar la creación de estas obras, creemos que el concepto de software empleado por el legislador debe ser lo suficientemente amplio como para comprender no sólo al programa ejecutable. Sin embargo, como la protección del Derecho de Autor no abarca las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos en sí mismos, sino que únicamente la expresión de éstos, estas normas comprenderán la expresión de los programas de computación, es decir, el texto de sus códigos fuente y objeto. En el caso de las ideas y procesos imaginados por el autor y plasmados en los algoritmos y flujogramas, pueden resultar protegidos por otras normas, como las del secreto comercial, el derecho de patentes, o incluso por el principio del enriquecimiento sin causa.

Por otra parte, no todos los programas computacionales realizan las mismas funciones, por lo que podemos encontrar sistemas operativos, compiladores, traductores, ensambladores, denominados genéricamente software de base o programas básicos, y que se encargan de controlar el funcionamiento interno del computador y de los dispositivos periféricos, y comunicarse con el usuario. También están, entre otros, los software de aplicación, creados para la utilización efectiva del computador y para que éste realice las operaciones específicas demandadas por el usuario, en los campos más diversos. Tal es el caso de los procesadores de texto, hojas de cálculo, juegos, los programas de diseño y gráficos, etc.

Según el grado de estandarización, los programas se distinguen en paquetes de software o package, software a medida o custom made, y software adaptado al cliente o customized, clasificación importante, por ejemplo, en materia contractual.

El primero, el software estándar o de paquete, está formado por programas bien definidos, estables, dirigidos al mercado en general, y no a un usuario en particular, para una misma aplicación o función. El segundo tipo es el software a medida, que involucra el desarrollo de nuevos programas o la modificación substancial de programas existentes para llevarlos a cubrir necesidades específicas de un usuario. Y finalmente, existe el software adaptado al cliente, que se basa en un programa estándar que se modifica para adecuarlo a las necesidades de un cliente particular.

En cuanto a la protección del software como un problema técnico, hay que hacer presente que una de las más fundamentales precauciones que debe tomar todo usuario computacional es confeccionar y mantener a buen resguardo copias de respaldo⁸ de los programas que adquirió, copias que por lo demás son lícitas, dependiendo de las condiciones de venta o licencia de uso. Sin embargo, como hay usuarios que copian ilegalmente los programas, ya sea para venderlos o para utilizarlos sin pagar por ellos, los proveedores recurren a diversas técnicas para proteger sus programas de estas copias. Precisamente por eso se han buscado soluciones como el resguardo secreto de programas, la criptografía o los virus informáticos que impiden copiar los programas, pero

⁸ Copia de programa computacional es el soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él.

todo ello pese a su eficacia es muy oneroso y transitorio, ya que estas técnicas son evidentemente superadas por la misma técnica⁹.

2.2.- Aspecto económico

Los programas computacionales son objeto de grandes inversiones de parte de las empresas de software para desarrollar programas similares a los de su competencia. Incluso, tras el afán de dominar el mercado de la programación hay quienes recurren a medidas ilícitas tales como el robo, el espionaje industrial o los chantajes físicos o morales. Así, el soporte lógico se presenta como una valiosa mercancía compuesta por el bien inmaterial constituido por la obra de software, más el soporte físico que lo reproduce, *“que entra en el comercio, dando lugar a una multiplicidad de transacciones a nivel nacional e internacional y generando diversas relaciones de derecho cubiertas por diferentes campos de la normativa, tales como normas de comercialización, defensa del consumidor, competencia desleal, restricciones a la importación o exportación, régimen de pagos internacionales, balanza comercial, etc.”*¹⁰.

De esta forma, se genera un efecto económico del software, constituido por las *“obligaciones financieras que involucran, para una determinada organización empresarial o de otra naturaleza, cada una de estas situaciones, sea que impliquen el pago a terceros, sea que importen una obligación fiscal”*¹¹.

En la primera etapa de elaboración de los programas, en la que se define el problema y los requerimientos computacionales para hacerle frente, la empresa o institución que elabora los requerimientos y funciones a desarrollar lo puede realizar por sí misma, no observándose efectos económicos distintos a cualquier otra de sus tareas, o puede recurrir a terceros para una prestación de servicios de consultoría.

En la segunda etapa, en la que se diseña el sistema, y en la tercera, en la que se efectúa la programación propiamente tal, transformando los diseños en un lenguaje computacional de nivel superior (programa fuente), si se trata de un programa de aplicación estándar, su disposición se logra a través de un contrato de licencia, en el que el productor puede autorizar el uso mediante el pago de una determinada regalía. Este es un gasto, similar en su tratamiento contable y tributario al del arrendamiento de un bien mueble o al leasing. En cambio, si se trata de un software a medida, es posible que en la licencia el productor conserve el dominio del programa fuente, que autorice su uso a cambio de la regalía o que ceda todos los derechos al cliente en virtud de una compraventa. A través de ella, se realiza la cesión de un derecho de autor, de igual manera como ocurre con el contrato de edición de una obra literaria o del contrato de producción de una obra musical. Si entendemos al software a medida como propiedad de su creador, si éste ha tenido conocimiento de

⁹ A modo introductorio en la protección técnica de los programas, veáse el artículo *La copia ilegal de programas computacionales: ¿un problema legal o técnico?*, de Rainer Puvogel Hirsch, en la Revista Trilogía N° 6. 1986, ps. 6-19.

¹⁰ Opinión de Antonio Millé, citado en la obra “Derecho e Informática” de Hajna, E.; Lagreze, F.; y Muñoz, P., ps. 91-92.

¹¹ Hajna, E.; Lagreze, F.; y Muñoz, P. Obra cit., p. 92.

que su programa está destinado a ser comercializado por cuenta y riesgo de quien lo ha encargado, los derechos del creador se entenderán cedidos a quien formuló el encargo¹².

Refiriéndonos brevemente a la situación tributaria, ésta no es tan simple, sobre todo en las legislaciones en que los gastos de investigación y desarrollo tecnológico tienen tratamiento especial.

En primer lugar, debemos aclarar si la información en sí, contenida en el programa, es susceptible de ser gravada con tributos. Según el profesor José Tomás Hurtado Contreras¹³, este problema no se centra en la información propiamente tal, sino en la forma en que ésta se contiene. La información quedará o no afecta a tributación dependiendo del continente en que se encuentre. Si el continente de la información no tiene una manifestación material, por ejemplo, es transmitida por radio o vía telemática, difícilmente puede ser objeto de impuestos aduaneros, puesto que se trata de servicios o bienes inmateriales, sobre los cuales no cabe aplicar gravámenes aduaneros o tributarios, salvo que haya alguna excepción. Es decir, la información en cuanto tal, por tener una condición de conocimiento no está gravada con derechos aduaneros, pero si se cosifica en un libro, un cassette o un disquete, por ejemplo, queda afecta no sólo a la potestad aduanera y tributaria sino también para efectos típicos, como sería el caso de las películas con contenido pornográfico que son decomisadas en la Aduana. Es más, la misma Ordenanza de Aduanas contenida en el DL N° 30 de 1983, en su artículo 16 entiende por mercancías a todos los bienes corporales muebles, sin excepción alguna. Por ello, si esa "mercancía" ingresa al país sin un soporte físico, por ejemplo, a través de Internet, al entrar sin una materialidad, no cae bajo la potestad aduanera. Por lo tanto, nuestra legislación no trata a la información en cuanto tal, sino cuando puede constituir o formar parte de una mercancía.

Por otra parte, en Chile, el artículo 17 N° 8, letra e) de la Ley de la Renta establece que no constituye renta la enajenación del derecho de propiedad intelectual o industrial, en caso que dicha enajenación sea efectuada por el inventor o autor y, en consecuencia, la enajenación del software tampoco estaría afecta a tal impuesto, en ese caso. Sin embargo, de nuestra interpretación a este artículo, las empresas distribuidoras o productoras de software pagan Impuesto a la Renta, no obstante ser considerados como autores de los programas. Efectivamente, como en los contratos de trabajo en que la naturaleza de los servicios es el cumplimiento de actividades conducentes al desarrollo del software se entiende cedido al empleador cualquier derecho que pueda ser reconocido al creador del software, la empresa puede celebrar contratos con terceros en que ceda sus derechos, no constituyendo renta los ingresos percibidos por dicha cesión. Sin embargo, en la generalidad de los casos, no habría enajenación en cuanto disposición del dominio, ya que por lo general, los productores sólo entregan el uso y el goce de los programas, a través de licencias.

Es más, si tienen el carácter de habitualidad quedan afectados no sólo al Impuesto a la Renta sino también al I.V.A., ya que la prestación de servicios se hace con carácter empresarial. Pero si una empresa contrata a un programador como trabajador independiente, esa prestación sería arrendamiento de servicios de carácter civil, y se pagarían honorarios, en virtud del artículo 42 N° 2 de la Ley de la Renta.

¹² Estas ideas también son desarrolladas por Hajna, Lagreze y Muñoz. Obra cit., ps. 92-96.

¹³ Ideas vertidas por el profesor de Derecho Económico, Tributario y Aduanero de la Universidad Central de Chile, don José Tomás Hurtado Contreras, en entrevista que le realizamos en noviembre de 1997.

Finalmente, una parte importante de los negocios en materia de software se realiza a nivel internacional. Los autores Hajna, Lagreze y Muñoz indican que el tratamiento de las importaciones hace necesario distinguir entre normas aduaneras y normas generales de comercio exterior. En el ámbito aduanero se ha establecido que, *“para los efectos de las declaraciones de importación que amparen los soportes magnéticos que contengan programas, deben efectuarse aquéllas en consideración sólo al valor material del soporte, o sea, el disquete, disco, cinta, etc”*¹⁴. Pero como el valor de un programa puede ser muy superior al del soporte que lo contiene, si existen otros antecedentes que señalen que el precio es diferente, se aumentará el valor a pagar. Por ejemplo, si se trae un programa en un CD que tiene un valor de mercado conocido públicamente a nivel internacional, es probable que se tase en ese valor y se le apliquen los gravámenes aduaneros sobre la base del valor aduanero, porque hay una expresión material que tiene un precio determinado y conocido.

Ahora bien, respecto al contenido del soporte, o sea, el programa, de acuerdo a las disposiciones del Banco Central de Chile, *“los informes de importación se aprueban sin aludir al valor de los programas. El valor de los programas se paga mediante una solicitud de giro, por tratarse, según el Banco Central, de un servicio, cualquiera sea el valor de éste. En consecuencia, se aplican las reglas correspondientes a los servicios prestados por extranjeros o residentes en el extranjero, por lo que los contratos deben ser registrados en el Banco Central, el que valoriza la regalía y, sobre la base de esa valorización, que por regla general es un porcentaje sobre las ventas, se autoriza la cantidad de divisas que pueden ser remesas al exterior. Tributariamente, estos ingresos están afectos al impuesto adicional”*¹⁵.

2.3.- Aspecto jurídico

Ahora bien, desde este punto de vista, se han intentado distintas vías de regulación, de efectos muy diversos, como las patentes, los diseños y modelos, las marcas, los derechos de autor, el secreto industrial y profesional, la competencia desleal, las normas penales sobre defraudación, hurto, abuso de confianza y divulgación de secretos, la responsabilidad civil, el enriquecimiento sin causa y la autonomía de la voluntad en las cláusulas contractuales, o protecciones específicas *sui generis*.

Como una forma de ordenar los distintos medios de protección, algunos autores los han clasificado. Correa, Batto, Czar y Nazar¹⁶ citan, en primer lugar, a Michel Kessler, quien en su obra *“Le logiciel, protection juridique: France et étranger”*, de 1986, separó la protección contractual de la protección contenciosa, incluyendo en ésta a las acciones surgidas del Derecho de Patentes y Marcas y del Derecho de Autor; así como las acciones por responsabilidad civil, por concurrencia desleal y las acciones penales. En segundo lugar, mencionan a André Bertrand, en su trabajo *“Protection juridique du logiciel: progiciel, video jeux, logiciel spécifiques, firmware”*, de 1984, quien habla de medios de protección privados, privativos o propios de los titulares de derechos intelectuales, sean industriales o de autor; y de medios públicos, no privativos, provenientes de normas civiles como las

¹⁴ Hajna, E.; Lagreze, F.; y Muñoz, P. Obra cit., p. 96.

¹⁵ Ídem, p. 96.

¹⁶ Correa, Carlos; Batto, Hilda; Czar, Susana; y Nazar, Félix. Obra cit., p. 62.

obligaciones contractuales, la concurrencia desleal, el enriquecimiento sin causa, o de las normas penales.

Además, no son pocos los que consideran como insuficiente la protección de los principios generales del Derecho y de los derechos intelectuales, y abogan por un régimen específico y una reglamentación propia. Sin perjuicio de ello, mencionaremos a continuación las formas más comúnmente adoptadas.

2.3.1.- La protección civil

Se refiere a las cláusulas introducidas en los contratos relativas a seguridad y protección de programas; sin embargo, por su alta tecnicidad, el desequilibrio entre las partes y los problemas probatorios, entre otros, se torna insuficiente.

En las relaciones contractuales se suele recurrir al secreto como instrumento de protección, ya que brinda adecuada cobertura. Se realiza insertando las cláusulas respectivas en los contratos de comercialización de software. Sin embargo, por el efecto relativo de los contratos esta previsión obliga sólo a las partes vinculadas por el contrato, generalmente el titular del derecho y el usuario o el distribuidor, pero no a terceros.

Finalmente se habla del enriquecimiento injusto, el cual da derecho a repetir si se acredita un enriquecimiento a costa del empobrecimiento de otro y sin un motivo que lo justifique. Sin embargo, esto trae problemas probatorios y se puede caer en abusos de particulares o empresas que usen inapropiadamente un programa.

2.3.2.- La protección penal

Se puede recurrir a la esfera punitiva del ordenamiento jurídico, ya sea tipificando el delito informático de piratería de software o copia ilegal de programas, o mediante delitos computacionales, es decir, informatizando delitos clásicos como el robo, el fraude, el abuso de confianza o las figuras de los secretos comerciales y de fabricación. Pero, advertimos que las figuras penales convencionales no siempre son la mejor solución, ya que por ejemplo, al ser la información un bien intangible e incorporeal no se puede producir el apoderamiento físico necesario para un robo, o es difícil probar el abuso de confianza, debido a que implica haber estado disponiendo de una cosa mueble ajena. También el fraude ofrece inconveniencias prácticas, debido a que se requiere de un engaño o el aprovecharse de un error para lucrar indebidamente. En cuanto a los secretos comerciales y de fabricación, en ellos es necesaria una divulgación intencional de alguna información referida al programa, lo que reviste dificultades a nivel probatorio en cuanto al apoderamiento y difusión de la información.

Sin perjuicio de lo anterior, nosotros somos de la opinión de mantener el carácter de *ultima ratio* de la protección penal. Así, los programas computacionales que se amparen en normas penales, lo deben hacer subsidiariamente de las normas civiles. Además, la pena en contra de la piratería, en

caso de ser privativa de libertad, debe ser breve, y ojalá con la alternativa de una multa considerable.

2.3.3.- La propiedad industrial

Tanto la Propiedad Industrial como el Derecho de Autor no protegen ideas o conceptos abstractos. En el caso de la patente de invención, ésta se refiere a productos y procesos, no a teorías, por lo que se exige para patentar las condiciones de novedad, actividad inventiva y aplicación industrial. Por ello, en algunos países, como Francia, México, Tailandia y Costa Rica, se excluye a los programas computacionales de la posibilidad de ser patentados, basado en que la naturaleza del software es un método o esquema mental compuesto por una serie de sucesivas etapas y operaciones que se cristalizan en instrucciones dadas a un computador, sin elemento material o tangible, ni aplicación industrial inmediata. Ello llevó a la Convención de Munich sobre Patente Europea a excluir en 1973 a los programas computacionales dentro de las invenciones patentables. Sin perjuicio de lo anterior, en algunos países, pese a la no patentabilidad del software, se admite el patentamiento de invenciones relacionadas con los programas computacionales, es decir, aquellas que usan programas para obtener un resultado patentable¹⁷.

2.3.4.- La propiedad intelectual

El Derecho de Autor se presenta como la forma de protección de los programas computacionales adoptada por la mayoría de los países industrializados. Incluso, en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, realizado en Uruguay en mayo de 1998, una de las conclusiones adoptadas fue que las normas de propiedad intelectual bastaban para proteger dichas obras digitales. Sin embargo, algunas prerrogativas no se adaptan a la naturaleza de los programas computacionales sino forzando el análisis, lo que ha llevado a pensar en la búsqueda de un sistema específico de protección.

Gracias a la protección de la propiedad intelectual los titulares de estos derechos cuentan con una total soberanía sobre sus obras, que le permite en forma exclusiva realizar o abstenerse de efectuar cualquier acto de explotación económica de que pudiera ser objeto su creación. Dicha exclusividad le permite realizar, autorizar o prohibir adaptaciones, traducciones u otras modificaciones de la obra, o que sea insertada a otra creación. El autor tiene un derecho de paternidad sobre su obra para que sea identificado como tal y puede oponerse a falsificaciones o plagios de su creación intelectual¹⁸.

Es decir, como consecuencia de la exclusividad en el ejercicio de estas facultades, el autor de un programa computacional puede condicionar su uso como desee, autorizando o prohibiendo actos

¹⁷ Similares ideas son desarrolladas por Correa, Batto, Czar y Nazar. Obra cit., ps. 63-68.

¹⁸ Estas ideas se encuentran en el interesante trabajo del profesor argentino Antonio Millé, titulado *Piratería de programas de computación: respuestas a las preguntas más frecuentes*. Ponencia presentada en el Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997, ps. 775-792. Precisamente, trataremos de reflejar la esencia de muchas de esas ideas en los párrafos que siguen.

determinados y exigiendo la remuneración que establezca. Sin embargo, si las leyes internas fijan expresamente excepciones, tales facultades pueden verse limitadas.

Los programas de computación se explotan principalmente mediante su uso, es decir, su ejecución en un computador. Para que un tercero pueda usar el programa debe contar con una licencia otorgada por el autor del software. Es decir, el titular de la propiedad intelectual conservará todas las facultades exclusivas que no haya cedido o licenciado en forma expresa. Por lo tanto, una licencia, sea producto de declaraciones unilaterales del autor o de un contrato bilateral, sólo habilita a los terceros para realizar con la obra los actos explícitamente incluidos en la autorización, y siempre que el tercero cumpla con las condiciones estipuladas para la vigencia de la licencia.

No obstante ser evidente que el licenciatarario no tiene más facultades que las que expresamente se indiquen en la licencia, a menudo surgen dudas respecto a la posibilidad que tiene para copiar el programa. En este sentido, todas las licencias le permiten copiar temporalmente el programa en la memoria principal o RAM, ya que resulta imprescindible para ejecutarlo. Además, la mayoría de las licencias de uso permiten copiar permanentemente el programa en algún dispositivo de memoria secundaria del computador incluido en la licencia, por ejemplo, instalando el programa en el disco duro. Finalmente, en muchas licencias se permite la realización de una copia de respaldo o *back up*. Por lo tanto, y a *contrario sensu*, otro tipo de copias no autorizadas en la licencia infringen los derechos de Propiedad Intelectual.

Por su parte, es común que las personas utilicen sin licencia copias de programas computacionales de un tercero. Obviamente, el propietario del soporte físico de una copia del programa computacional no cuenta por esa sola razón con derechos a título de propiedad intelectual. Si la persona no tiene la licencia correspondiente y usa un programa aprovechando una copia de éste, debe asumir su responsabilidad como usurpador de una obra intelectual registrada, que generalmente se traduce en indemnizar los perjuicios causados y en sufrir penas privativas de libertad.

Creemos de suma importancia agregar que a nivel internacional no tiene ningún efecto exculpatorio el hecho de que la copia de un programa sea realizada sin ánimo de lucro.

Como se ha dicho, existen ciertas dificultades doctrinarias para adecuar la protección de la Propiedad Intelectual a los programas computacionales, por lo que mencionaremos algunas a continuación¹⁹.

Al igual que en la Propiedad Industrial, la Propiedad Intelectual excluye la protección de ideas. Una misma idea puede ser desarrollada de formas distintas, no exigiéndose novedad como en el Derecho de Patentes, pero sí originalidad de expresión. Tal es el caso de los programas computacionales, en que para resolver un mismo problema cada programador puede usar distintos métodos y algoritmos.

Sin embargo, la aplicación de los principios de la Propiedad Intelectual en este caso ha recibido objeciones relacionadas al concepto de obra protegible. Tradicionalmente, la obra intelectual

¹⁹ Algunas de estas ideas son tratadas en forma similar por Correa, Batto, Czar y Nazar, obra cit., ps. 69-86.

protegible debe ser expresión personal y original del autor, con individualidad suficiente para constituir una creación integral. Esto no se aprecia claramente en el programa computacional, gracias a su carácter instrumental y a gozar de una naturaleza técnico-industrial, pero sin que pueda llegar a calificársele de obra científica, debido a que se limita a organizar secuencias y lograr un conjunto de instrucciones. Además, respecto al grado en que está presente en el software este esfuerzo intelectual personal del programador, habrá que distinguir en cada caso según la complejidad del programa desarrollado²⁰.

Por tal motivo, la Corte de Casación francesa, en 1986, expresó una nueva definición de originalidad aplicada al software al sostener que ésta puede darse tanto en el nivel del diagrama de flujo como en la etapa del programa codificado; que el carácter estético no entra en la apreciación de la originalidad; y que para definirla es suficiente que el programa computacional lleve la marca del aporte intelectual de su autor²¹.

Consideramos adecuado desestimar las objeciones a la protección del software por el Derecho de Autor, fundadas en la idea de que sólo serían amparables por estas normas las creaciones que satisfagan un sentido estético, excluyendo las que tienen un fin utilitario. La protección se limita a la forma en que el pensamiento se expresa, y no a su destino, propósito o importancia.

En relación con la manera de reconocer al autor de un programa computacional, esto se realiza por medio de la firma que haya puesto a los ejemplares originales o comerciales de su obra. Además, hay que recordar que el artículo III, párrafo 1 de la Convención Universal sobre Derecho de Autor señala que: *“Todo Estado contratante que, según su legislación interna, exija como condición para la protección de los derechos de los autores, el cumplimiento de formalidades tales como depósito, registro, mención, certificados notariales, pago de tasas, manufactura o publicación en territorio nacional, considerará satisfechas tales exigencias, para toda obra protegida de acuerdo con los términos de la presente Convención, publicada por primera vez fuera del territorio de dicho Estado por un autor que no sea nacional del mismo, si, desde la primera publicación de dicha obra, todos sus ejemplares, publicados con autorización del autor o de cualquier otro titular de sus derechos, llevan el símbolo © acompañado del nombre del titular del derecho de autor y la indicación del año de la primera publicación; el símbolo, el nombre y el año deben ponerse de tal manera y en sitios tales que muestren claramente que el derecho de autor está reservado”*²².

Debemos agregar que, basados en la Convención de Berna, los programas de computación que exhiban el copyright de una persona natural o jurídica con domicilio en un país miembro de la Convención, o que hayan sido publicados por primera vez en uno de esos países, están automáticamente protegidos en los países iberoamericanos sin que sea requerible el cumplimiento de formalidad alguna para constituir o probar la propiedad intelectual sobre ellos.

²⁰ Hay quienes dudan que el sello personal del programador pueda apreciarse en el software, ya que es frecuente que en la creación intervengan muchas personas. Sin embargo, desestimamos esta crítica porque se trataría de una obra en colaboración, es decir, la que es producida, conjuntamente, por dos o más personas naturales cuyos aportes no pueden ser separados. Tales obras están protegidas por el Derecho de Autor.

²¹ Así lo explica Correa, Batto, Czar y Nazar. Obra cit., p. 73.

²² Convención Universal sobre Derecho de Autor. Artículo III, párrafo 1.

Otra de las objeciones que se plantean dice relación con el plazo de protección, puesto que es característico que los derechos patrimoniales reconocidos al autor tengan una vigencia prolongada. Sin embargo, para algunas creaciones protegidas se reconocen períodos más cortos. Por ejemplo, la Convención de Berna establece como plazo de protección general cincuenta años después de la muerte del autor; pero para algunas obras, como las cinematográficas, los cincuenta años se contarán desde su acceso al público o desde su realización; para las obras anónimas y bajo seudónimo, desde que se hagan accesibles al público; y en las fotografías, serán veinticinco años contados desde su realización.

Por ese motivo, y dado que el acelerado avance tecnológico produce la rápida obsolescencia de un programa computacional, es necesario prever plazos de protección distintos, sin considerar los establecidos tradicionalmente por el Derecho de Autor desde el punto meramente privado porque sería equivocar el enfoque. No basta con sostener simplemente que el Derecho de Autor se adecua al programa computacional, ya que si se les quiere proteger no hay que olvidar el ámbito público y el desarrollo libre del progreso, que en estas obras, a diferencia de otras como las literarias o artísticas, pueden encontrar en el Derecho de Autor una traba para el desarrollo industrial y comercial, si su duración es excesiva.

El tema de los derechos morales del autor, tales como el derecho a la paternidad de su obra; al inédito si no quiere publicarla; a la individualización de la obra; a la integridad de ella; y en algunas legislaciones al retracto y a retirar la obra de circulación, también exige estudiar algunas consideraciones previas, ya que éstos se ven limitados en el caso de un programa computacional. Específicamente, el derecho a la integridad de la obra se ve reñido con la naturaleza especial del software, la cual impone la necesidad de hacer adecuaciones y modificaciones constantemente, ya sea para corregir errores, para adaptar el programa a cambios que sufra el sistema operativo o si es necesario alterar los resultados perseguidos. Por ese motivo, en Estados Unidos, Japón y Francia, junto con incluir al programa computacional bajo sus leyes sobre Derecho de Autor, han agregado disposiciones para establecer la no oponibilidad del autor frente a las adaptaciones que hagan los usuarios autorizados.

Todo ello conduce al campo de los programas derivados y puede ser regulado contractualmente. Es más, casi todos los contratos de comercialización de software prevén estas alteraciones a la integridad del programa. Por lo tanto, pensamos que no toda transformación debe implicar una lesión del derecho moral a la integridad, sino únicamente la que por la magnitud de su entidad genere una alteración tal en el contenido original de la obra, como para que el autor no reconozca su identidad creativa plasmada en ella o suponga un efectivo menoscabo de su originalidad.

En la obra de Correa, Batto, Czar y Nazar, *"Derecho informático"*, se expresa que en donde hay más consenso en la objeción a la protección por el Derecho de Autor es en la prohibición de uso más allá de la prohibición de reproducción. Es decir, al impedir la reproducción de las obras pero no su uso, se torna en una protección insuficiente. La necesidad de protección de los programas se observa, por un lado, en relación con la utilización intelectual de las instrucciones del programa, expresadas en los algoritmos y diagramas de flujo, y que se cubre más apropiadamente con el sistema de patentes por violarse el contenido inventivo del programa; y por el otro, respecto a la reproducción, sea a partir del código fuente o del código objeto, y que se traduce en un caso de plagio regulado en el Derecho de Autor. Sin embargo, esta protección no le basta al titular de un programa, ya que sus

derechos se ven conculcados no sólo cuando se reproduce su trabajo, sino también cuando otros lo usan sin autorización²³.

El derecho de reproducción constituye el pilar central de los derechos de autor, entendido en su sentido tradicional como la posibilidad de elaborar una copia física de la obra. Pero es evidente, que en el actual entorno digital por el que circula la información -entre ella, los programas computacionales- carece de sentido hablar de copia física cuando es perfectamente posible obtener una reproducción electrónica de creaciones protegidas por el Derecho de Autor, que permiten lograr los mismos objetivos que con una copia física. Así, la lectura electrónica, la conexión a sistemas de bases de datos o el almacenamiento de material digitalizado en memorias artificiales, por ejemplo, hará irrelevante el hecho de si la duración de esa copia es temporal.

Sin perjuicio de las observaciones anteriores, como ya mencionamos, la tendencia actual es proteger jurídicamente a los programas computacionales en las leyes de Propiedad Intelectual.

2.3.5.- Otras formas de protección

La doctrina francesa se refiere a la protección, vía diseños y modelos, de las representaciones visuales de algunos programas de computación, registrando o depositando estas imágenes mediante fotografías. Así, los programas computacionales se protegerían por el Derecho de Autor y estas representaciones visuales por los diseños y modelos. También se recurre al registro de la marca o nombre de algunos programas.

2.3.6.- Una protección particular

Algunos autores buscan una estructura nueva y específica que forme un derecho particular, al integrar los elementos más significativos de las instituciones jurídicas anteriores, especialmente las patentes y el Derecho de Autor. En esta figura se podrán emplear requisitos tales como la novedad y la originalidad, apoyado por un sistema de registro de carácter internacional, para el depósito de los programas de computación.

3.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE OBRAS DIGITALES ESCRITAS, MUSICALES, AUDIOVISUALES E IMÁGENES

En principio, no hay ningún inconveniente para cubrir bajo el amparo de la Propiedad Intelectual, de la misma manera que con las obras literarias y artísticas, a este tipo de creaciones digitalizadas.

²³ Idea desarrollada por Correa, Carlos; Batto, Hilda; Czar, Susana; y Nazar, Félix. Obra cit., ps. 83-84.

En Chile, la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual les brinda protección de acuerdo al claro tenor literal de su primer artículo que reza lo siguiente: *“La presente ley protege los derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de las obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina”*.

Sin embargo, creemos adecuado plantear algunas ideas relativas al impacto de las nuevas tecnologías en el derecho moral y patrimonial del autor de estas obras digitales.

Hemos visto como el derecho moral y las facultades exclusivas que le concede al autor se ven afectados por el hecho de que la digitalización de una obra permite modificarla con absoluta libertad. Frente a ello, el autor sólo en escasas oportunidades se encontrará en condiciones de hacer frente a los atentados contra su derecho moral. Por esa razón, como bien lo señala Ulrich Uchtenhagen, esto lleva a pensar si la protección del derecho moral puede confiarse también a otras personas o a instituciones que estén mejor capacitadas que el propio autor, como podría ser el editor o el productor. Si ellos pudieran ejercer el derecho moral del autor estarían habilitados para intervenir en contra de las violaciones a la autenticidad de sus productos y podrían proceder contra falsificaciones sin tener que recurrir a normas de competencia desleal. Sin embargo, hay un importante escollo doctrinario que salvar: el derecho moral es un derecho personalísimo del autor y, por lo tanto, no puede ser ejercido por terceros²⁴.

Una crítica similar fue recogida en el Libro Verde sobre los Derechos de Autor y los Derechos Conexos en la sociedad de la información, de la Unión Europea, el 19 de julio de 1995, al sostener que el derecho moral -inalienable, irrenunciable y perpetuo- está de tal manera ligado a la persona que constituye un gran factor de inseguridad para la explotación de la obra.

Otra idea a considerar dice relación con los derechos patrimoniales del autor y las nuevas formas de explotación de las obras digitales. Es sabido que el autor goza, con exclusividad, del derecho a explotar económicamente la obra *per se* o autorizando a terceros, pudiendo convenir la forma en que se realizará y la retribución que recibirá a cambio. En este sentido, debemos recordar que los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, sea al momento de la creación, sea mientras permanece en el dominio privado. Por lo tanto, cuando la ley menciona detalladamente los derechos patrimoniales lo hace sólo con un fin pedagógico, a modo ejemplar.

Sin embargo, y como muy atinadamente lo señala Delia Lipszyc, *“cuando surgen nuevas formas de explotación de las obras suele producirse una especie de reacción de vacío, como si la falta de una mención expresa en la ley importara una desprotección legal, a lo cual contribuye una multiplicidad de factores, [...] como el desconocimiento generalizado de los principios básicos de una materia relativamente nueva, las características novedosas de ciertas utilidades, [...] la escasa disposición que suelen tener los utilizadores a reconocer los derechos exclusivos y excluyentes del autor de la obra y la tensión que el derecho de autor produce en la sociedad, porque el autor no desea que su obra sea usada sin su autorización, exige respeto por su autoría y por la integridad de su creación y*

²⁴ Idea desarrollada por Ulrich Uchtenhagen, en *El derecho moral y las nuevas tecnologías*. Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997, p. 125-126.

*reclama una remuneración, mientras que el público necesita acceder a las obras y quiere hacerlo sin restricciones*²⁵.

Por último, en lo que se refiere a la gestión colectiva, en cuya virtud ciertas entidades se encargan de cobrar a los usuarios los correspondientes derechos de los autores de las obras, es posible que la tecnología digital produzca una reversión de su labor hacia un ejercicio individual. Actualmente, gracias a las redes computacionales y a los sellos de identificación que pueden contener los paquetes en que se fragmentan las obras digitales para circular por el ciberespacio, puede que el usuario se contacte inmediata y directamente con una base de datos del autor de la obra y haga efectivo el pago de los derechos respectivos, reemplazándose gradualmente la gestión colectiva por la individual. Es decir, la existencia de una red *"restablecería un lazo directo entre la fuente y el destino y suprimiría los intermediarios"*²⁶.

Sin perjuicio de lo anterior, al igual que lo señala el profesor chileno Santiago Schuster, en la ponencia recién citada, no creemos por el momento que esta posibilidad futura de un control individual de la obra salga de ser una ilusión, y sería más realista pensar que en los años que vienen se podría pasar a un control individualizado de la obra a través, por ejemplo, de un administrador de la base de datos que monitoree el uso, y que no sería precisamente el autor.

En definitiva, estas ideas planteadas sobre los derechos morales y patrimoniales y sobre la gestión colectiva relacionadas con este tipo de obras digitales, demuestran que no basta con sostener que se aplican las normas de la Propiedad Intelectual, sin estar dispuestos a proyectarlas de la manera más adecuada para la protección de los autores del siglo que comienza.

4.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS OBRAS MULTIMEDIA

Como mencionamos, este tema es de gran complejidad, ya que en un mismo soporte, y gracias a un programa computacional para clasificar la información y enlaces de hipertexto, se integran trabajos de nueva creación con obras preexistentes para conformar un producto multimedia. Ello nos lleva a distinguir entre la protección que corresponde al soporte, al programa computacional, a los enlaces de hipertexto y a las obras que se contienen en la producción multimedia, e incluso, a determinar si en su conjunto puede constituir una obra protegible como tal.

La respuesta frente a este último punto no es simple, debido a que no siempre aparece un nuevo tipo de obras cuando surge una nueva técnica de comunicación. Si la tecnología aporta un nuevo medio de expresión de obras distintas a las conocidas hasta ahora, en este caso la obra multimedia, podríamos sostener que estamos en presencia de un nuevo género de obras, haciéndose necesaria su regulación en las legislaciones nacionales e internacionales sobre Propiedad Intelectual. Si no, bastarán las normas ya existentes.

²⁵ Lipszyc, Delia. *El derecho patrimonial y las nuevas formas de explotación de las obras*. Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997, p. 135.

²⁶ Schuster, Santiago. *La gestión colectiva en el entorno digital*. Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997, p. 826.

En este análisis, distinguiremos tres aspectos de estudio: la producción, el programa y la obra multimedia.

4.1.- Producciones multimedia

Un primer aspecto se refiere al soporte, al cual llamaremos "producción multimedia", siguiendo el lenguaje empleado por Antonio Delgado Porrás²⁷, para diferenciarlo de su contenido global u obra multimedia, y lo definiremos como todo soporte en el que se almacenan digitalmente al menos dos distintos géneros de obras, que interactúan, sean los textos, sonidos, imágenes fijas y en movimiento de obras literarias, musicales, visuales y audiovisuales, preexistentes o creadas para su explotación en tales soportes, y que consta de un programa computacional para estructurarse.

En la producción multimedia, gracias a la informática es posible representar digitalmente cualquier contenido que se quiera comunicar, incluso comprimir los datos en que se convierte para poder almacenar en un mismo soporte elementos de cualquier género y transmitirlos. Pero estas no son las características principales de la multimedia, lo esencial es la interactividad que proporciona la asociación de esos datos digitalizados a un programa computacional.

Por lo general, tales datos constituyen obras preexistentes o creadas, ejecutadas o realizadas para formar parte del contenido de una producción multimedia, y pueden expresar obras literarias, musicales, visuales o audiovisuales, o prestaciones de los artistas intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión. Además, la producción multimedia se puede explotar en forma *off line*, por ejemplo como mercancía en un CD ROM, o bien, difundirse *on line*, a través de redes.

4.2.- Programas multimedia

En segundo lugar, estos trabajos de multimedios además de contar con un soporte singular (producción multimedia), presentan un resultado de la operación de fijar digitalmente los datos, integrarlos, combinarlos y hacerlos interactuar. A esta prestación la denominaremos "programa multimedia", y gracias a ella queda claro que la multimedia no se limita al corpus que contiene los elementos que la integran y que merece protección. Así por ejemplo, los datos fijados en un programa multimedia son perfectamente amparados por las normas del Derecho de Autor -si los datos son obras- o con los Derechos Conexos -si tales datos son interpretaciones o ejecuciones artísticas, fonogramas, emisiones de radiodifusión-. Además, pueden gozar de otros derechos emanados de las patentes, las marcas, los secretos comerciales, los datos personales, la competencia desleal, la vía contractual, según el caso y sin perjuicio que el legislador considere

²⁷ Recomendamos la lectura de la ponencia de Antonio Delgado Porrás, *Las producciones "multimedia": ¿un nuevo género de obras?* Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997, ps. 257-276.

insuficiente estas normas y le conceda al autor de la fijación del programa multimedia un determinado derecho conexo.

4.3.- Obras multimedia

En tercer lugar, si este programa multimedia es resultado de una actividad de creación puede merecer que se le califique como "obra multimedia", y reciba protección en sí misma, no sólo las obras digitalizadas que contiene.

Es importante entender que para que un programa multimedia sea considerado como una obra en sí misma, debe representar *"en todo su complejo, una concreta exteriorización formal de una creación intelectual atribuible a una persona o grupo de personas y dotada de originalidad[...]. Por lo tanto, en la medida en que los elementos de dichos programas multimedia acusen la ausencia de una actividad creativa en su elaboración o su falta de individualidad en relación con una determinada concepción personal del que ejecutó esa actividad (originalidad), tendrán menos probabilidades de ser calificadas como obras. Sin embargo, [...] por el desarrollo de la técnica multimedia y la complejidad y sofisticación de sus productos, y por las leyes que imponen una noción de originalidad más flexible y generosa, cada vez serán menores las posibilidades de negar a un programa multimedia la calificación de obra"*²⁸.

La obra multimedia la definiremos, entonces, como aquella creación unitaria, digital, que reúne y fija expresiones de obras de al menos dos géneros distintos, por ejemplo, literarias, musicales, visuales o audiovisuales, y las ejecuta a través de un programa computacional en forma interactiva.

Al reconocer la existencia de obras multimedia, surgen ciertos problemas para las normas de propiedad intelectual. Uno de ellos concierne a la autoría de estas obras, debido a que en su compleja creación intervienen distintas personas, por ejemplo, los que realizan los enlaces de hipertexto que permiten al usuario recorrer no secuencialmente la obra.

Un segundo problema se refiere a la titularidad de los derechos relativos a estas obras, los cuales les corresponden a los respectivos autores de los diferentes elementos de tales creaciones. Sin embargo, la obra multimedia puede considerarse como una obra en colaboración o una obra colectiva.

Si es una obra en colaboración, es decir, la que es producida por dos o más personas naturales cuyos aportes no pueden ser separados, será *"creada por varios autores, que, para su realización, se han asociado (directamente o a través de un coordinador) a un programa común y que han participado en la definición del conjunto de tal obra, razón por la cual ésta se manifiesta como el resultado de la puesta en común de las contribuciones de esos coautores. Así entendida, la obra en colaboración, además de ser una obra subjetivamente compleja, puede serlo objetivamente, cuando las diferentes contribuciones de sus autores son perfectamente distinguibles e incluso pertenecen a diversos géneros. Los derechos individuales de cada uno de los coautores sobre sus respectivas contribuciones se transforman, en el plano patrimonial, por efecto de dicha puesta en común, en un*

²⁸ Delgado Porras, Antonio. Obra cit., ps. 265-266.

*derecho "pro indiviso" sobre el conjunto constituido por la obra en colaboración. En lo que respecta a la obra multimedia, al estar integrada por contribuciones de diversos géneros creadas por diferentes personas, será normalmente una obra en colaboración subjetiva y objetivamente compleja*²⁹.

Sin embargo, tratarla como obra colectiva, es decir, la que es producida por un grupo de autores, por iniciativa y bajo la orientación de una persona natural o jurídica que la coordine, divulgue y publique bajo su nombre, presenta más dificultades, ya que *"es necesaria la intervención de un promotor y coordinador en la creación de las diferentes contribuciones que la integran (lo que significa que tales contribuciones no han de ser obras preexistentes) [...] Esas contribuciones han de fundirse [...] en un conjunto de suerte que sea imposible atribuir a sus respectivos autores individualmente un derecho pro indiviso sobre dicho conjunto"*³⁰. Por ello creemos que sólo en casos limitados la obra multimedia será una obra colectiva.

Un último problema consiste en determinar si las obras multimedia son o no un nuevo género de obras, es decir, si son novedosas en relación con las obras que expresamente se mencionan y reglamentan en los tratados internacionales.

Para responder esta inquietud debemos buscar las supuestas similitudes de las obras multimedia con otras que comprendan creaciones de más de un medio expresivo, como en el caso de las bases de datos.

Como veremos más adelante, las bases de datos han sido consideradas como compilaciones de datos y, por ende, se ha reconocido su protección como tal, sin perjuicio de los derechos de los autores sobre cada una de las obras que forman parte de estas colecciones. En tal sentido, las bases de datos pueden ser entendidas como recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma.

En relación con las obras multimedia, algunas de éstas podrán considerarse como una base de datos electrónica, pero no todas, si pensamos que, mientras las bases de datos tienen que ser recopilaciones de elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por el usuario, el concepto de obra multimedia *"no implica necesariamente una organización de elementos de su contenido establecida a los solos efectos de su consulta individualizada, sino que admite una articulación más estrecha entre esos elementos en el plano de un proyecto global que le otorga el carácter de creación unitaria protegida en todas sus partes y no sólo en su estructura"*³¹.

En síntesis, al no ser posible construir una categoría de obras en la que quepan todos los tipos existentes de producciones multimedia que admitan la calificación de obra y a los que sea aplicable un estatuto específico, no podemos hablar de un nuevo género de obras. Ello se traduce en que cada elemento que forma parte de un trabajo multimedia -sea como soporte o producción, como prestación o programa, o como obra- tendrá la protección que le brinda, entre otras, la Ley sobre Propiedad Intelectual, en términos generales.

²⁹ Ídem, p. 268.

³⁰ Ídem, p. 269-270.

³¹ Ídem, p. 272-273.

5.- PROTECCIÓN JURÍDICA DE LAS BASES DE DATOS

En términos muy generales, y como lo señala Eugenio Ull Pont, *“las bases de datos son ficheros con información determinada y organizada para facilitar su consulta”*³². Pueden ser *on-line* u *off-line*, según se suministren los datos accediendo telemáticamente a una base documental, o bien, se faciliten al usuario en un soporte que requiere ser actualizado con periodicidad, de acuerdo con lo convenido en el contrato de adhesión que las suele regir.

Las bases de datos se componen de distintos elementos, entre los que destacan su contenido (muy diverso), la forma o sistema de ordenar los contenidos y el acceso, el programa utilizado para su fabricación, y el programa necesario para su consulta o utilización.

Estas obras digitales acarrearán problemas jurídicos de diversa naturaleza. Por ejemplo, al “poblarlas” con datos nominativos se presenta la necesidad de protección de la intimidad y de la información confidencial; si la información contenida en ellas deja de ser fiable, surge el tema de la responsabilidad de los operadores de bases de datos; o también, se plantea la problemática de los derechos intelectuales sobre los contenidos de las bases de datos -si son obras preexistentes- o la adecuada protección de la base en sí misma. En esta oportunidad nos limitaremos a desarrollar la protección que otorga la Propiedad Intelectual a estas obras digitales.

Con frecuencia se utilizan como sinónimos los términos “base” y “banco” de datos. Antonio Millé advierte la diferencia entre uno y otro. Por base de datos se entiende, desde el punto de vista de la informática, a una organización sistemática de ficheros de datos para facilitar el acceso, la búsqueda o la puesta al día; en cambio, el banco de datos es una colección importante de información utilizable por un ordenador. El banco de datos se constituye a partir de una base de datos de la que se extrae la información, o sea, *“es el conjunto de fuentes (libros, periódicos, revistas, en estado “desnudo”), que facilitará la información abreviada. La base de datos es la fuente en estado limpio, mientras que el banco de datos es el resultado final de la explotación de estas fuentes”*. Agrega que *“lo que el Derecho de Propiedad Intelectual ha venido a denominar base de datos, no es la misma cosa que lo que la Informática define con ese nomenclador, resultando más próximo (aunque no igual) de los bancos de datos de la Informática. Se configura así otro de los muchos equívocos que las deficientes definiciones del vocabulario de la disciplina alienta”*³³.

Cuando se comenzó a discutir la eventual protección a las bases de datos a través del Derecho de Autor, se hacía referencia a los archivos documentales informatizados. Sin embargo, luego se atendió más a la información contenida que al ambiente digital continente. Actualmente se tiende a

³² Ull Pont, Eugenio. *Protección jurídica de las bases de datos conforme a la Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de marzo de 1996*. Ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, en Montevideo, Uruguay, mayo de 1998.

³³ Millé, Antonio. *Protección a los fabricantes de bases de datos: un nuevo “derecho conexo”*. Revista Derecho de la Alta Tecnología, año VIII, n°93, mayo de 1996, p. 13.

definir a las bases de datos como el producto de la recopilación, ensamblaje o compilación³⁴ de obras, datos, información y otros materiales, dispuestos en forma sistemática o metódica. Así, por ejemplo, la Directiva sobre la protección jurídica de las Bases de Datos de la Unión Europea las entiende como *“las recopilaciones de obras, de datos o de otros elementos independientes, dispuestos de manera sistemática o metódica y accesibles individualmente por medios electrónicos o de otra forma”*³⁵.

La protección del Derecho de Autor a las bases de datos se manifiesta en dos ámbitos diferentes: las obras preexistentes que contiene y la base en sí misma.

5.1.- Obras preexistentes contenidas en la base de datos

Actualmente hay una opinión mayoritaria respecto a considerar que el almacenamiento total o parcial de obras preexistentes protegidas por el Derecho de Autor en un sistema computacional constituye un acto de reproducción y, por consiguiente, presupone el necesario consentimiento del autor de éstas, o en su caso, de sus herederos o cesionarios, salvo que la ley limite este derecho y la reproducción pueda realizarse libremente, por ejemplo, para un uso privado.

También sería necesaria la autorización del autor si las obras originarias tienen que ser adaptadas para incorporarlas a la base de datos, puesto que supone un acto de transformación de tales creaciones.

La recuperación de las obras almacenadas en las bases de datos informatizadas o la salida de información contenida en ella a través de un dispositivo periférico como la impresora, constituye también un acto de reproducción, sujeto al consentimiento del autor, ya que este derecho abarca cualquier forma o procedimiento.

Por último, constituye un acto de distribución que necesita ser autorizado por el autor de la obra, la puesta a disposición del público de las copias de creaciones almacenadas en una base de datos y recuperadas al reproducirlas por la impresora.

5.2.- La base de datos en sí misma

³⁴ En la ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, el artículo 3° numeral 1 establece: “Quedan especialmente protegidos con arreglo a la presente ley: 1. Los libros, folletos, artículos y escritos, cualesquiera que sea su forma y naturaleza, incluidas las enciclopedias, guías, diccionarios, antologías y *compilaciones de toda clase*”.

³⁵ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de las bases de datos del 11 de marzo de 1996. Artículo 1 - 1.

Pilar Rodríguez-Toquero y Ramos³⁶, en su ponencia presentada en el III Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, en Uruguay, analizó este tema en el ámbito internacional, advirtiendo:

1.- El Convenio de Berna establece que son obras protegidas las colecciones de obras literarias o artísticas tales como las enciclopedias y antologías que, por la selección o disposición de las materias, constituyan creaciones intelectuales.

En principio, la originalidad exigida para la protección del Derecho de Autor se debe manifestar en la selección o disposición de las obras literarias o artísticas recopiladas o coleccionadas, por lo cual, una base de datos constituye una obra protegida. Pero la evolución de las tecnologías de la información, ha hecho necesario reinterpretar las normas existentes, adoptando recomendaciones y principios rectores.

2.- En la Ronda de Uruguay de negociaciones del GATT, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio, conocido como ADPIC o TRIPS, en vigor desde 1996 para los países desarrollados, protege las compilaciones de datos o de otros materiales, en forma legible por máquina o en otra forma, cuando por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual. Si bien esa protección no abarca a los datos o materiales en sí mismos, se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de éstos.

3.- En la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), a fines de 1996 se adoptó un tratado sobre Derecho de Autor en el que se estableció que las compilaciones de datos y de otros materiales en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. De manera similar al TRIPS, esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos, pero se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.

Como mencionamos anteriormente, la Unión Europea concluyó en 1996 una Directiva sobre la Protección jurídica de las Bases de Datos, sean o no electrónicas, de acuerdo al tenor de su definición.

De manera similar a como lo hicieron los organismos anteriores, la Unión Europea busca proteger las bases de datos que por la selección o la disposición de sus contenidos constituyen una creación intelectual de su autor, es decir, se refiere a la estructura de la base de datos, siempre y cuando sea original.

Acotando el ámbito de protección de la Directiva debemos excluir a los programas utilizados para la realización o para la utilización posterior de las bases de datos, porque ya están protegidos por las leyes de Propiedad Intelectual. Dichos programas, respecto a las bases de datos no son otra cosa

³⁶ Rodríguez-Torquero y Ramos, Pilar. *La protección de las bases de datos*. Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997, ps. 629-633.

que herramientas para fabricarlas y, cuando se trata de bases de datos ya confeccionadas, son instrumentos para poder leerlas y utilizarlas electrónicamente.

Tampoco se extiende al contenido de las bases de datos. Si contienen datos nominativos, éstos deben protegerse por las leyes de datos respectivas; si se componen de obras protegibles por el Derecho de Autor, se regirán por las leyes de Propiedad Intelectual.

En la Directiva se establece un doble sistema de protección: para los autores de las bases de datos si éstas constituyen una creación intelectual -quienes gozan de los derechos de autor- y para los fabricantes de las bases de datos, cuando la obtención, verificación o presentación del contenido representen una inversión substancial, cualitativa o cuantitativamente -los cuales gozan de un derecho *sui generis*-.

En relación con los derechos reconocidos en la Directiva debemos distinguir según se trate del autor, del fabricante o del usuario legítimo.

5.2.1.- Derechos exclusivos del autor de la base de datos

Los derechos exclusivos del autor de la base de datos respecto de la forma de expresión de ésta, le permiten realizar *per se* o autorizar a terceros a:

- reproducir la base de datos, por cualquier medio y de cualquier forma, sea temporal o permanentemente, y de manera íntegra o parcial.
- modificarla, por ejemplo, traduciéndola, adaptándola o reordenándola.
- distribuir al público la base de datos o sus copias.
- comunicarla, representarla, exhibirla y darla a conocer al público como sea conveniente para su distribución.
- podemos agregar, su facultad para transferir, ceder o donar su derecho.

5.2.2.- El derecho SUI GENERIS del fabricante

El fabricante no cuenta con un derecho exclusivo sino con una mera "facultad de impedir", que le habilita para prohibir la extracción o reutilización de la totalidad o de una parte substancial del contenido de la base de datos. Lo mismo ocurre, si la extracción o reutilización de partes no substanciales es repetida o sistemática, atentando contra la explotación normal de la base de datos o causando un perjuicio al derecho del fabricante. De esta forma se protege la inversión realizada, que puede ser significativa, tanto en recursos humanos, técnicos y económicos.

"La protección del contenido de la base de datos se refiere no a los derechos de autor y derechos conexos de las obras o contenidos de la base de datos, sino a ese mismo contenido, en cuanto seleccionado, clasificado conforme una originalidad práctica de presentación, que ha supuesto un

*trabajo de recopilación y de ordenación de los contenidos conforme a un método y sistema original*³⁷.

Es decir, se protege a las bases de datos y a sus obras para evitar que otro fabricante se aproveche de los contenidos de éstas, copiándolos para luego emplearlos en una propia, confeccionada a menor costo. Todo ello, sin perjuicio de que dicha base y su contenido estén protegidos por el Derecho de Autor u otros.

5.2.3.- Derechos de los usuarios legítimos de la base de datos o de sus copias

Éstos no necesitan la autorización del autor de dicha base de datos para reproducirla, distribuirla, exhibirla y darla a conocer, o modificarla, cuando sea necesario para poder acceder al contenido de la base de datos -total o parcial-, o para su normal utilización. Por supuesto, los derechos de autor y conexos del contenido de la base de datos quedan salvaguardados por la normativa correspondiente.

En otro orden de cosas, no siempre la información contenida en una base de datos está protegida bajo Propiedad Intelectual, sea por no constituir una obra original protegible o por haber ingresado al dominio público. Ello lleva a pensar en la eventual traba al uso de tales informaciones si la protección otorgada es excesiva.

Sobre este punto, Millé piensa que la Directiva no resulta demasiado explícita al respecto. *"[...] Si bien desarrolló un conjunto de excepciones para cubrir a los usuarios de las bases de datos, no mostró igual preocupación por defender el libre acceso a la información por parte de quienes no son usuarios, como los fabricantes competidores que no hayan tenido acceso a la base de datos protegida, o como los terceros que quisieran utilizar la misma información (extraída de cualquier otra fuente) con un fin diferente al de crear una nueva base de datos. Todo lo que hace[...] es establecer que la protección del Derecho de Autor que la presente Directiva reconoce[...] no podrá hacerse extensiva a su contenido, [...]sin pronunciarse sobre la "facultad de impedir" del fabricante, que precisamente se refiere al contenido de la base de datos"*. Por ello, Antonio Millé prevé que en el futuro no dejarán de presentarse *"casos en los que un fabricante que haya adquirido un archivo físico intente ejercitar un dominio absoluto sobre el mismo (un "derecho exclusivo", no una mera "facultad de impedir") partiendo de la base de que por tener supuestamente el "original" del contenido, toda reproducción del mismo constituye una extracción prohibida*³⁸.

En la Directiva, además, se faculta a los Estados miembros a establecer unilateralmente limitaciones a estos derechos en determinados casos, por ejemplo, frente a bases de datos no electrónicas cuyas reproducciones no sean lucrativas, sino para fines privados; cuando se utilicen para fines docentes o de investigación científica, sin fines comerciales e indicando la fuente utilizada; por fines de seguridad pública; para efectos de un procedimiento administrativo o judicial, entre otras. Pero a renglón seguido aclara expresamente que *"no podrá interpretarse la excepción de manera tal que*

³⁷ Ull Pont, Eugenio. Obra cit.

³⁸ Millé, Antonio. Obra recién cit., p. 10-11.

*permita su aplicación de forma que cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular del derecho o que vaya en detrimento de la explotación normal de las bases de datos*³⁹.

En cuanto a la limitación temporal de la protección de las bases de datos se fija un plazo de 15 años, empezando desde la fecha en que se dé por finalizado el proceso de fabricación. No obstante, cuando la base de datos se pone a disposición del público por primera vez -editándose en papel, sobre soportes magnéticos o se hacen accesibles en línea, por ejemplo- el plazo se cuenta desde la fecha de publicación.

Se incluye un procedimiento de renovación del plazo de protección a aquellas bases de datos que reciban una modificación o adición substancial. Es decir, si las modificaciones llevan a considerar que se trata de una nueva inversión substancial, tanto de esfuerzo intelectual como económico, se genera un nuevo y distinto plazo de protección. Llevando esta disposición a la práctica, habrán, por ejemplo, bases de datos académicas o comerciales bien mantenidas que gozarán de un plazo indefinido al actualizarse en forma cotidiana.

En definitiva, el estudio de esta Directiva nos lleva a reconocer el nacimiento en el derecho comparado, de un nuevo derecho conexo: el del fabricante de las bases de datos. Se trata, por tanto, *“de un conjunto de facultades que nace de una circunstancia concreta y objetivamente verificable (la fabricación) y no de la existencia de un atributo, como la originalidad, en el resultado de un esfuerzo intelectual, si bien en este particular caso la circunstancia objetiva que da nacimiento al derecho “sui generis” requiere un complemento susceptible de un juicio de valor (la inversión substancial)”*⁴⁰.

En síntesis, y a la luz de lo expuesto, al proteger conforme a la Propiedad Intelectual a una base de datos debemos distinguir, primero, la protección concedida a los autores de los contenidos cuando son obras protegibles -dicha protección sólo comprende a los contenidos en sí mismos-; segundo, el resguardo del Derecho de Autor al creador de la base de datos original, entendida así por la selección y organización de los contenidos; y tercero, el amparo que ofrece el derecho sui generis para los fabricantes de bases de datos, alcanzando aquél a las informaciones incorporadas a la base de datos en cuanto miembros de su organización.

6.- SITUACIÓN CHILENA

Luego del análisis doctrinal a la protección de algunas obras digitales a través de los derechos intelectuales, abordaremos brevemente la cobertura legislativa que brinda nuestra ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual, específicamente a los programas computacionales, luego de las modificaciones a que fue objeto en 1985 y 1990, reflejadas en las leyes N° 18.443 y N° 18.957, respectivamente. Hacemos presente que respecto de otras obras digitales como las bases de datos

³⁹ Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la protección jurídica de las bases de datos del 11 de marzo de 1996. Artículo 6 - 3.

⁴⁰ Millé, Antonio. Obra recién cit., p. 11.

o las obras multimedia, por ejemplo, quedarían cubiertas por la protección de dicha ley, por regla general, por lo que nos limitaremos a los comentarios efectuados en su oportunidad.

Previamente, advertimos que existen autores para quienes surge una primera interrogante cuya respuesta será determinante para el adecuado tratamiento legislativo de los programas computacionales. Ella consiste en concluir si la naturaleza jurídica de los programas computacionales los torna susceptibles de ser encuadrados dentro de la clasificación de cosas corporales e incorpóreas del artículo 565 del Código Civil, o si ésta ha sido superada por la realidad y es necesario formular nuevas clasificaciones legales, como la de bienes tangibles e intangibles.

Precisamente, quienes sostienen esta última postura, según la cual los programas computacionales no estarían incluidos en la clasificación de cosas corporales e incorpóreas, entienden a los programas computacionales como un conjunto de instrucciones para ser usadas en un computador, que no podrán ser percibidas por los sentidos y, por ende, no son cosas corporales. Y tampoco consisten en meros derechos, es decir, no son cosas incorpóreas. Se trataría de meros impulsos electromagnéticos que se transmiten a través de circuitos electrónicos no perceptibles por los sentidos del hombre (lo que se observa en un monitor es el resultado obtenido con el procesamiento electrónico de las instrucciones).

Como consecuencia de ello, por ejemplo, penalmente no se podrían cometer delitos patrimoniales de hurto, robo o apropiación indebida, al copiar ilegalmente un programa computacional, puesto que no sería ni un documento ni una cosa corporal mueble. Al ser intangibles e inmateriales no se pueden aprehender físicamente, es más, al copiarlos ilegalmente no le son privados en forma permanente a la víctima del delito. Sólo una nueva figura delictiva -un delito informático- podría sancionar penalmente tales conductas.

Ahora bien, siguiendo la tendencia predominante del derecho comparado, nuestro legislador ha considerado a los programas computacionales como bienes del intelecto, amparables por el Derecho de Autor. La primera manifestación expresa del legislador ocurrió con la ley N° 18.443, que modificó la ley N° 17.336 señalando que la inscripción en el Registro de la Propiedad Intelectual de los "programas" y "soportes lógicos" de ordenador -luego fueron reemplazadas tales expresiones por la de "programas computacionales"- debía hacerse previo pago de los derechos respectivos, que según el artículo 76 de la ley, ascienden al 35% de una unidad tributaria mensual.

Sin embargo, la oportunidad en que explícitamente se hizo extensiva la protección a los programas computacionales ocurrió en marzo de 1990 cuando, a través de la ley N° 18.957 se modificaron nuevamente diversos aspectos de la Ley de Propiedad Intelectual, manteniendo eso sí, su estructura. Esta vez se incorporaron disposiciones estrictamente necesarias para reconocer y proteger el derecho de los autores de programas computacionales.

El mensaje de dicha ley explica que los aspectos tenidos en vista para tal reforma fueron el indudable auge y desarrollo experimentado por la industria de la programación en Chile, haciendo necesario un reconocimiento claro y preciso del derecho de sus autores. Además, la industria nacional de la programación ya había comenzado a colocar sus productos en mercados extranjeros, proyectándose como una nueva e importante fuente de divisas para el país. Finalmente, reconoció la tendencia de la legislación mundial a incorporar estas obras dentro del marco del Derecho de Autor, posibilitando una protección universal de estos derechos y, asimismo, otorgando protección en Chile

a autores extranjeros, todo ello conforme a las Convenciones Internacionales de Derecho de Autor suscritas y ratificadas por nuestro país⁴¹.

Para comenzar, la voluntad del legislador quedó claramente manifestada al incorporar en la enumeración ejemplar del artículo 3° el numeral 16, por lo que quedaron especialmente protegidos con arreglo a la ley N° 17.336: los programas computacionales.

Luego, en el artículo 5°, y basándose en una de las disposiciones tipo de la OMPI, el legislador define expresamente a los programas computacionales, dándole como significado legal el siguiente: *"Programa computacional: conjunto de instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidas en un cassette, diskette, cinta magnética u otro soporte material"*.

Lo propio hace respecto de la copia de programa computacional, definiéndola como *"soporte material que contiene instrucciones tomadas directa o indirectamente de un programa computacional y que incorpora la totalidad o parte sustancial de las instrucciones fijadas en él"*. Lamentablemente, se le define en forma errónea porque alude a elementos o soportes físicos, en circunstancia que las copias de obras digitales pueden carecer de dicha materialidad.

Creemos importante señalar que de acuerdo al significado legal dado a los programas computacionales, en particular con la expresión *"[...]instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en un computador[...]"*, la extensión de la protección comprende tanto al programa fuente como al programa objeto. Sin embargo, por la naturaleza intangible de las instrucciones no puede considerarse dentro de esta protección a los manuales y la documentación anexa, la cual, no obstante, está cubierta con independencia del programa mismo, por ser una obra literaria.

Además, la definición de "publicación" fue complementada haciéndola extensiva a aquellos ejemplares para cuya lectura, conocimiento visual o auditivo se requiere un aparato reproductor o cualquier otra máquina.

En relación con la titularidad de los derechos de autor sobre los programas, se tuvo presente que, por la complejidad de la elaboración de éstos, suelen intervenir varias personas, generalmente vinculadas por un contrato de trabajo. Por ello, el inciso 2° del artículo 8° señaló que el derecho de autor se atribuye al que coordina al conjunto de personas, al decir: *"Tratándose de programas computacionales, serán titulares del derecho de autor respectivo las personas naturales o jurídicas cuyos dependientes, en el desempeño de sus funciones laborales, los hubiesen producido, salvo estipulación escrita en contrario"*.

A renglón seguido, en el inciso 3° de dicho artículo, se regulan los software a medida u obras por encargo, indicando que si el creador tuvo conocimiento de que el programa sería comercializado por cuenta y riesgo del que lo encargó, se presumen cedidos a éste los derechos de autor sobre el programa computacional, salvo que se estipule lo contrario. Creemos que la presunción legal de

⁴¹ Cartagena Díaz, Patricio. *La protección legal del software en Chile y en el derecho comparado*. Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, de la Universidad Católica de Valparaíso. 1990, ps. 146-147.

cesión de derechos en favor de quien formuló el encargo, no procede cuando el programa es destinado únicamente al uso y no a su comercialización.

En cuanto a la duración de la protección otorgada a los autores de los programas, el artículo 10 distingue si el creador es una persona natural o jurídica. Cuando el programador es el autor, la protección se extiende durante toda su vida, más 50 años contados desde su fallecimiento, en favor de sus herederos, legatarios y cesionarios. Sin embargo, si quienes sobreviven al autor fueran su cónyuge, hijas solteras, hijas viudas o las hijas casadas cuyo marido se encontrare afectado por una imposibilidad absoluta para todo género de trabajo, la protección abarcaría lo que duren sus vidas.

Si se tratara de obras en colaboración, como las obras multimedia, por ejemplo, el plazo de protección post mortem es de 10 años contados desde la muerte del último coautor.

Finalmente, el artículo 10 se pone en el caso de que el empleador sea una persona jurídica y titular del derecho de autor sobre un programa computacional diseñado por uno de sus trabajadores dependientes. En tal evento, la protección será de 50 años contados desde la primera publicación, esto es, desde que se reproduzca el programa en alguna forma tangible y sea puesto a disposición del público por primera vez. Sin embargo, no siempre será fácil de determinar en forma precisa ese momento, que puede ser contado desde que es exhibido o puesto a la venta o desde que es editado. Además, existen programas que producen las empresas para satisfacer necesidades técnicas internas de ellos y no para ser puestos a disposición del público. Pensamos que lo adecuado habría sido mantener el principio general de que todas las obras se protegen desde el momento de su creación, y en el caso de los programas computacionales, además, por un plazo mucho menor.

En relación con las excepciones al Derecho de Autor, por las que se limita el ejercicio de las facultades patrimoniales exclusivas, el inciso 2° del artículo 47 establece que tanto la copia de un programa como su adaptación, efectuadas por su tenedor o autorizadas por su legítimo dueño, no constituyen infracción a las normas sobre propiedad intelectual en tres hipótesis:

- 1.- siempre que la adaptación sea esencial o necesaria para su uso en un computador determinado y no se la destine a un uso diverso;
- 2.- cuando una copia sea esencial para su uso o instalación en un computador determinado, porque la reproducción constituye una fase o consecuencia necesaria en la utilización autorizada del programa; y,
- 3.- cuando una copia del programa se realice con fines de archivo o respaldo.

El inciso final del artículo 47 agrega que *“las adaptaciones obtenidas en la forma recién señalada no pueden ser transferidas bajo ningún título, sin que medie autorización previa del titular del derecho de autor”* sobre el programa. Del mismo modo, establece que tampoco podrán ser transferidas bajo ningún título las copias de programas que sean esenciales para su uso en un computador o para resguardarlas, salvo que lo sean conjuntamente con el software que les sirvió de matriz.

Ahora bien, en cuanto a las sanciones que aplica la ley N° 17.336 a la reproducción o copia no autorizada de programas computacionales, existen vías civiles y penales de protección.

En el aspecto civil, el artículo 78 sanciona con multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales, a las infracciones a la ley N° 17.336. Se trata de sanciones administrativas que le corresponde aplicar a los tribunales civiles, en forma breve y sumaria.

Además, se puede ejercer la acción de indemnización de perjuicios con el objeto de obtener el resarcimiento de los daños causados por la conducta ilícita, si son fehacientemente acreditados en juicio. Esta acción civil se puede interponer ante el juzgado del crimen que conoce del delito que explicaremos luego, quien determinará su procedencia y monto. Pero también se puede ejercitar por separado ante los tribunales civiles.

En relación con la protección penal de los programas computacionales se distinguen dos delitos contra la propiedad intelectual contenidos en los artículos 79 letra a) y 80 letra b) de la ley en comento.

En primer término, de acuerdo al artículo 79 letra a) de la ley N° 17.336, *“cometen delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con la pena de presidio menor en su grado mínimo (desde 61 a 540 días) y multa de 5 a 50 unidades tributarias mensuales, los que, sin estar expresamente facultados para ello, utilicen obras de dominio ajeno protegidas por esta ley, inéditas o publicadas, en cualquiera de las formas o por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 18”*.

Esto significa que sólo el titular del derecho de autor del programa -el programador, su empleador o quien lo encargó para su comercialización, según el caso-, y quien esté expresamente autorizado por él -mediante una licencia de uso, principalmente-, tendrán derecho a utilizar dicha obra. Los demás, incurrirían en las sanciones civiles y penales correspondientes.

La utilización puede consistir en la publicación de la obra -por ejemplo, editándola, grabándola, ejecutándola, exhibiéndola, o empleando cualquier otro medio de comunicación al público, actualmente conocido o que se conozca en el futuro-, en su reproducción por cualquier procedimiento, en su adaptación a otro género o su utilización en cualquier otra forma que entrañe una variación, adaptación o transformación de la obra originaria, incluida la traducción, o bien, en su ejecución pública a través de cualquier medio.

Del tenor literal del artículo 79 letra a) se entiende que la utilización puede ser hecha a título gratuito u oneroso, no es necesario que le reporte un provecho al infractor, y tampoco se requiere que éste haya tenido ánimo de lucro o intención de perjudicar al titular del derecho. Por ello, la pena no depende del monto del perjuicio causado ni del lucro obtenido.

Además, como no todas las formas de utilización establecidas en el artículo 18 deben publicitarse al público en general -únicamente en caso de publicar o ejecutar la obra-, entendemos que constituye delito la reproducción, total o parcial, de un programa computacional para fines privados.

Por lo tanto, toda copia de un programa que no sea expresamente autorizada por el titular de los derechos de autor en la licencia, será una violación a la Ley de Propiedad Intelectual y constituirá un delito de copia ilegal. Sin perjuicio de ello, no se configurará tal delito en dos casos excepcionales contemplados en el artículo 47 inciso 2° y 3° de dicha ley: cuando se permite copiar el programa por ser esencial para su uso en un computador determinado o para fines de respaldo; y cuando se

permite adaptar el programa en caso de que esto sea esencial para su uso en un computador determinado, sin destinársele a un uso diverso.

En relación con la copia de seguridad, ésta no puede ser nunca utilizada simultáneamente al programa original, ya que de hacerlo se transformaría en una copia no autorizada, o sea, ilegal.

Por su parte, el artículo 80 letra b) de la ley N° 17.336, castiga como delito contra la propiedad intelectual merecedor de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 a 540 días), al que en contravención a las disposiciones de esa ley o a los derechos que ella protege, intervenga, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país de programas computacionales, y a los que adquieran o tengan con fines de venta tales programas, infringiendo la ley. Si hay reincidencia la pena se aumenta en un grado pudiendo llegar hasta 3 años.

Es discutible la forma en que se tipifica este delito, y así, por ejemplo, el profesor Alfredo Etcheberry califica de "tortuosa" la configuración de este ilícito y plantea dudas sobre el respeto al principio constitucional de tipicidad, puesto que no hay una expresa y directa definición de la conducta⁴².

La expresión "*los que [...] intervengan*" no facilita la exégesis de la norma. No se sabe si el legislador sólo quiere referirse al que intervenga penalmente como autor, cómplice o encubridor, o bien, se trata de una intervención de cualquier clase, más amplia, que lamentablemente no precisó.

Además, la conducta requiere un elemento subjetivo, el ser realizada con ánimo de lucro, bastando únicamente que tal ánimo exista aunque no se lucre efectivamente.

Con este artículo, criticado por muchos tanto desde el ámbito penal -por no describir claramente la conducta y con ello, atentar contra el principio de legalidad- y desde el derecho autoral -por sancionar al pirata informático sólo si actúa con ánimo de lucro-, el legislador buscó otorgar una protección amplia al propietario del derecho de autor ante el auge de la piratería en nuestro país.

Concluimos estas observaciones relativas a los programas computacionales, advirtiendo que en Chile no es necesaria la obtención de un registro para ejercitar las acciones en contra de un infractor. Ello se debe a que nuestro país adoptó el sistema de protección automática de las obras intelectuales, al señalar que la ley protege los derechos que, por el sólo hecho de la creación de la obra, adquieren los autores de obras de la inteligencia en los dominios literarios, artísticos y científicos, cualquiera que sea su forma de expresión, y los derechos conexos que ella determina.

En consecuencia, en Chile no se constituye el Derecho de Autor al inscribir una obra en el Registro de Propiedad Intelectual, sino que nace al momento de su creación. Sin embargo, al registrarse una obra en nuestro país, se goza de la presunción de autoría, ya que el artículo 8 de la ley dispone que se presume que es autor de la obra la persona que figure como tal en el ejemplar que se registra.

⁴² Basado en las ideas expresadas por Alfredo Etcheberry en la ponencia *Aspectos penales en materia de derecho de autor; ilícitos penales en la legislación chilena*. VII Congreso Internacional sobre protección de los Derechos Intelectuales. Santiago, Chile. 1992. Texto editado por la OMPI.

Esto implica que si se infringen los derechos de un autor cuya obra no está inscrita en Chile, se debe recurrir a otros medios de prueba legal para acreditar su autoría o para probar el contenido o forma de la obra.

7.- CONCLUSIONES

1.- Las nuevas tecnologías han permitido la existencia de obras digitales, caracterizadas por su desmaterialización, la posibilidad de comprimirse y alterarse, de circular por redes computacionales, de ser reproducidas fielmente ininidad de veces sin dañar el original, y por ser usadas en forma interactiva. Ellas provocan un cambio en el uso tradicional de las obras que debe ser analizado para determinar si deben dictarse nuevas normas o si es suficiente la protección jurídica que existe, principalmente, la otorgada por el Derecho de Propiedad Intelectual, el cual está vivenciando nuevas formas de explotación de las obras, que afectan a los derechos morales y patrimoniales de los autores.

Por ello, no basta con sostener que las normas de Derecho de Autor se aplican a las obras digitales, sin estar dispuestos a proyectarlas de la manera más adecuada para la protección de los autores del siglo que comienza.

2.- La generalidad de los ordenamientos que se refieren a la protección de obras digitales, consideran a los programas computacionales como obras protegibles por el Derecho de Autor.

Sin embargo, pese a ser la alternativa más aceptada por la doctrina, se formulan algunas objeciones que motivan la búsqueda de una protección sui generis. La dificultad para calificar a los programas como expresiones personales y originales de su autor, los excesivos plazos de protección que entran el progreso, la morigeración de ciertos derechos morales, la dificultad para garantizar el respeto al derecho de reproducción, y el análisis del rol de las entidades de gestión colectiva, son algunos de sus argumentos.

3.- Las obras multimedia presentan la complejidad de reunir en un mismo soporte trabajos de diversos géneros y autores, integrándolos de modo interactivo gracias a un programa computacional y a enlaces de hipertexto e hipermedia. Por lo general, pueden ser consideradas como obras en colaboración, en las cuales son perfectamente distinguibles las contribuciones de diferentes personas, cada una de las cuales cuenta con derechos de propiedad intelectual sobre su obra en particular.

Además, cuando una producción multimedia es el resultado de una actividad de creación que goce de originalidad, el creador que coordina la obra multimedia también estará protegido por el derecho de autor.

Por lo tanto, las obras multimedia no formarían un nuevo género de obras que requiera una regulación específica, ya que cada elemento que forma parte de la producción multimedia y la obra en sí misma tienen la protección que brinda el derecho de autor en términos generales.

4.- Las legislaciones que regulan las bases de datos suelen considerarlas como compilaciones o recopilaciones de datos, por lo que cuentan con protección de la propiedad intelectual siempre que constituyan una creación intelectual. En tal sentido, la originalidad se manifiesta en la selección o disposición de las obras literarias o artísticas recopiladas o coleccionadas. Sin perjuicio de lo anterior, también se le concede esa protección a los autores de las obras preexistentes y originales que almacena la base de datos.

Finalmente, en la actualidad destaca en el Derecho comparado el reconocimiento que se le está dando a la inversión substancial, tanto en dinero como en trabajo, en que incurre el fabricante de la base, ya sea para obtener, verificar o presentar tal contenido, por lo que está surgiendo un nuevo derecho conexo en su favor que nace de la fabricación y no de la existencia de un atributo como la originalidad.

5.- En Chile, esta es una de las materias de Derecho Informático más reguladas por nuestra legislación, en particular por la ley N° 17.336, la cual cubre, en términos generales, a las obras digitales por el sólo hecho de la creación -ya que el registro sólo sirve para presumir la autoría-, cualquiera sea su forma de expresión, y porque se sanciona al que publique o ejecute públicamente la obra por cualquier medio o la reproduzca por cualquier procedimiento, sin la autorización del autor.

Sin perjuicio de ello, el Derecho es perfectible o mejorable, por lo que estimamos valiosos los aportes que puedan realizar, tanto la doctrina, la jurisprudencia o incluso el legislador, con el objeto de regular más adecuadamente las características peculiares que contienen este tipo de obras.

BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el comercio (ADPIC o TRIPS)

- Antequera, Ricardo.

Los derechos intelectuales ante el desafío tecnológico. ¿Adaptación o cambio?

Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.

Ed. Barreiro y Ramos S.A., Uruguay. 1997.

- Beltramone, Guillermo y Zabale, Ezequiel.

Algunas consideraciones sobre la propiedad intelectual en las obras digitales

Ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Montevideo, Uruguay, mayo de 1998.

- Bettinger, Torsten.

La batalla de los nombres de dominio

Revista Derecho de la Alta Tecnología, año X, n°112/113, diciembre de 1997/ enero de 1998.

- Boizard, Alicia y Pérez, Miguel.

Internet en acción

Ed. McGraw-Hill, 1996.

- Cartagena Díaz, Patricio.
La protección legal del software en Chile y en el derecho comparado
Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Valparaíso. 1990.
- Código Tributario de Chile
- Convención Universal sobre Derecho de Autor
- Convenio de Berna
- Correa, Carlos; Batto, Hilda; Czar, Susana; y Nazar, Félix.
Derecho informático
Ed. Depalma, Argentina. 1987.
- Delgado Porras, Antonio.
Las producciones "multimedia": ¿un nuevo género de obras?
Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997.
- Etcheberry, Alfredo.
Aspectos penales en materia de derecho de autor, ilícitos penales en la legislación chilena
Ponencia presentada en el VII Congreso Internacional sobre protección de los Derechos Intelectuales. Santiago, Chile. 1992.
- Hajna, Eduardo; Lagreze, F.; y Muñoz, Patricio.
Derecho e informática
Ed. Instituto Profesional de Santiago, Chile. 1989.
- Hance Olivier.
Leyes y negocios en Internet
Ed. McGraw-Hill, México. 1996.
- Herrera, Rodolfo y Núñez, Alejandra.
Derecho Informático
Ed. La Ley, Chile. 1999.
- Ley N° 17.336 sobre propiedad intelectual. Chile.
- Lipszyc, Delia.
El derecho patrimonial y las nuevas formas de explotación de las obras
Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997.
- Lyons, Patrice A.
Administrando el acceso a la información digital: algunos temas de terminología básica
Revista Derecho de Alta Tecnología, año IX, n°107, julio de 1997.
- Maestre, Javier.
Planteamiento de la problemática jurídica de los Nombres de Dominio: comentario a la sentencia dictada en el caso "Panavisión"
Boletín Hispanoamericano de Derecho e Informática, N°1, mayo de 1998, <http://members.theglobe.com/boletin/bol1.htm>
(versión original de septiembre de 1997 en <http://www.purplesys.es/users/dibu>).
- Millé, Antonio.

Protección a los fabricantes de bases de datos: un nuevo "derecho conexo"
Revista Derecho de la Alta Tecnología, año VIII, N° 93, mayo de 1996.

- Millé, Antonio.

Piratería de programas de computación: respuestas a las preguntas más frecuentes
Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997.

- Millé, Antonio.

Hipervínculos y Marcos: cuestiones de Derecho de Autor en el ambiente de la WWW
Revista Derecho de la Alta Tecnología, año X, N° 114, febrero de 1998.

- Parlamento Europeo y Consejo de Europa.

Directiva 96/9/CE sobre la protección jurídica de las bases de datos, del 11 de marzo de 1996.

- Puvogel Hirsch, Rainer.

La copia ilegal de programas computacionales: ¿un problema legal o técnico?
Revista Trilogía N°6, 1986.

- Rodríguez-Torquero y Ramos, Pilar.

La protección de las bases de datos
Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997.

- Schuster, Santiago.

La gestión colectiva en el entorno digital
Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997.

- Téllez Valdés, Julio.

Derecho informático
Ed. McGraw-Hill, México. 1996.

- Uchtenhagen, Ulrich.

El derecho moral y las nuevas tecnologías
Tercer Congreso Iberoamericano sobre Derecho de Autor y derechos conexos.
Ed. Barreiro y Ramos S.A. Uruguay. 1997.

- Ull Pont, Eugenio.

Protección jurídica de las bases de datos conforme a la Directiva 96/9/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, 11 de marzo de 1996

Ponencia presentada en el VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Montevideo, Uruguay, mayo de 1998.