

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS PROGRAMAS DEL PROCESADOR DE DATOS (*) (260)

JORGE OSVALDO CORNA

SUMARIO

Concepto de protección jurídica. Desarrollo histórico. Evolución doctrinaria. Concepto de programa del procesador de datos. Descripción de la materia a proteger. Valores y aspectos jurídicos a proteger. Doctrina sobre la naturaleza jurídica. La forma de realizar la protección jurídica. La protección por los derechos de autor. La protección por los derechos de patentes de invención. La protección por los contratos. La protección del secreto comercial. La protección por competencia desleal. El derecho de uso. Tutela por una ley especial. La posición jurídica. En el derecho internacional privado. La posición del bien en el marco jurídico. La forma de brindar la protección jurídica a los programas del procesador de datos.

CONCEPTO DE PROTECCIÓN JURÍDICA

La informática constituye actualmente un elemento estratégico en el desarrollo de las naciones. En razón de ello, el tema de la protección jurídica de los programas del procesador de datos ha tomado intensidad, atención e interés en los últimos años, tanto en los niveles nacionales como internacionales. Este tema ha interesado tanto a autores como a usuarios; estos programas se han convertido en un importante material tanto en el comercio nacional como en el internacional. Los principales países que actúan en el desarrollo de procesadores de datos y programas alientan a los inventores y autores proveyéndolos de una valiosa protección de sus derechos de manera que puedan comercializarlos libremente y sin riesgos.

Cabe advertir que el problema es de alcance tanto nacional como internacional, donde están envueltos intereses comerciales, económicos, políticos y jurídicos. Los diferentes ordenamientos legales de cada país, que regulan sobre la protección jurídica de la programación, lo hacen enfocando aspectos diversos del problema, en áreas que no son coincidentes y cubriendo el tema, a veces, en forma parcial o en otras circunstancias éste no ha sido definido en forma acabada, permaneciendo en etapas de estudio.

En los cuerpos legales de diferentes países no está establecido en forma definida y generalizada el encuadre de la protección jurídica a ser brindada tanto en el nivel nacional como en el internacional, y la jurisprudencia y la doctrina han vacilado en sus posiciones. Es en estas circunstancias cuando la investigación jurídica halla su cometido, en asistir a la ciencia jurídica para la construcción del sistema jurídico que permita valorar la materia que protege, facilitando al legislador, en base a una más acabada comprensión y definida hermenéutica; la tarea de producir el cuerpo legal adecuado a su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

especialidad, más allá de recurrir a las interpretaciones lógicas o a la analogía. Durante cierto período de tiempo la doctrina jurídica ha cavilado sobre la naturaleza de los programas del procesador de datos y cómo ubicarlos en la estructura jurídica.

Diversos intereses se encuentran en juego en esta materia. Por un lado, el derecho subjetivo de los creadores en cuanto a su esfuerzo intelectual y el valor económico invertido, frente al riesgo del copiado y la utilización ilegal; por otra parte, los usuarios finales no deben ser limitados en forma abusiva, pudiendo salvaguardar sus propios programas y datos sin caer dentro de los ilícitos de la ley, y además hay un interés en la sociedad en cuanto a la difusión del arte informático de manera que se permita su desarrollo.

En la búsqueda de las fuentes del tema se encuentran definidos con muy variada terminología elementos iguales, se dan alcances diferentes a estas definiciones y la evolución tecnológica es de tal grado avasallante que no da tiempo a sentar principios cuando ellos se ven modificados.

El programa constituye un elemento de naturaleza inmaterial, y la doctrina ha intentado su protección jurídica, ya sea bajo el derecho de patentes de invención o por el derecho de protección de obras intelectuales, y, en otras ocasiones, con soluciones intermedias prácticas. Por lo tanto, para determinar la relación de causalidad jurídica, sus efectos y la adecuada y conveniente protección jurídica, es preciso tener un conocimiento, al menos general, tanto en el ámbito nacional como internacional, de cuáles son los regímenes legales, convencionales y jurisprudenciales vigentes.

La tutela legal y jurídica que se brinde deberá ser acorde al sistema legal vigente y a la conveniencia de las personas, tanto físicas como jurídicas, que se desea proteger. Se requiere del jurista una actitud de prudencia en cuanto a adecuar la solución que brinda a los nuevos problemas, con los principios del sistema jurídico existente. Teniendo en vista la necesaria "continuidad del derecho", se deben conciliar las nuevas exigencias de la vida práctica con la certeza y seguridad de la disciplina legal.

DESARROLLO HISTÓRICO

Al principio, los derechos de autor fueron creados para fomentar la policía del poder público, pues al ser otorgado a los editores el derecho exclusivo de publicación era más fácil al Estado y a la Iglesia controlar el material que se distribuía. Se imaginó un recurso conciliador del interés económico del autor con el contralor que pretendía imponerse. La Corona concedía un privilegio para publicar la obra mientras no contuviera nada que fuese objeto de censura. Estas leyes fueron evolucionando de acuerdo con las necesidades y modificando y expandiendo su ámbito. Con la Revolución Francesa triunfó el principio de la libertad de imprenta y así fue inevitable reconocer a los autores el derecho de reproducir sus obras y explotarlas económicamente. En una situación similar se encontraron los ejecutantes e intérpretes de composiciones musicales. El avance tecnológico permitió la reproducción de la ejecución de la obra por medios técnicos que fueron más allá del núcleo de personas que estuviese presente frente al autor.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Además de la expansión en categorías y tipos de obras que podían ser protegidas, la ley se extendió geográficamente y la mayoría de los países fueron adhiriendo a tratados internacionales. Los sistemas de contratación para la prestación de servicios se volvieron insuficientes y la evolución de los tiempos hizo necesario ir adaptando la legislación para brindar una adecuada protección al autor de una obra.

Las obras literarias y artísticas eran susceptibles de una protección autónoma diferente de las del medio en que estaban contenidas. El derecho de autor representa una proyección en el campo jurídico de la evolución de los medios técnicos. El avance industrial motivó incesantes revisiones jurídicas en este campo.

El procesamiento de los datos para obtener la información es un fenómeno reciente, en el que, desde sus orígenes hasta el presente, han transcurrido apenas cuatro decenios. A través de diferentes "generaciones" de procesadores de datos hubo distintos enfoques jurídicos. El fenómeno tuvo punto de partida en 1946 con el ENIAC. Fue la primera generación de procesadores de datos en los cuales la tecnología estaba basada en los tubos de vacío conectados en circuitos con diagramación secuencial. En ellos el concepto de programación era rudimentario e incipiente, la lógica (mecánica, eléctrica y electrónica) se encontraba distribuida en todos los mecanismos y circuitos que integraban el procesador de datos. Los únicos programas que interesaban eran los que realizaba el usuario, en un lenguaje codificado en forma objeto y en muchas ocasiones completados alambrando en forma externa circuitos propios del procesador de datos.

El transistor, que vino a resolver problemas térmicos y de espacio, abrió en 1958/59 la segunda generación de procesadores de datos realizados con "circuitos impresos". Una etapa de transición ocurrió en el comienzo de la década de 1960, cuando varias empresas, frente al avance del transistor, lograron procesadores de datos más poderosos y veloces que los existentes hasta esos momentos y con la implementación del concepto de canales de ingreso y egreso de datos e información. Con la aparición de estos "grandes procesadores de datos avanzó la idea de economizar costos, usando circuitos de control de manejo de la información de manera que estando centralizados y útiles a diferentes etapas del procesador de datos fuesen más funcionales. Además los canales, al ser múltiples, presentaron la necesidad de controlar su operación con "palabras claves".

En 1964 aparecieron los primeros microprocesadores y con ello se configuró la tercera generación de procesadores de datos. En esta etapa, el control de los circuitos electrónicos fue altamente centralizado de manera de evitar costos de su duplicación, pero a la vez fueron exigidos algoritmos de resolución y control secuencial de funciones. Todo esto se tradujo en la realización de programas denominados "microprogramas", los que fueron grabados en memorias de lectura únicamente (ROM = Read Only Memory), confeccionadas con capacitores o con núcleos magnéticos. Al mismo tiempo se produjo una alta multiplicación de canales de acceso y comenzó la transmisión a distancia de los datos y de la información. La comunicación entre el usuario y el procesador de datos se hizo altamente compleja.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuando el programador debía prever todas las variantes se veía obligado a usar algoritmos de gran complejidad, con un estudio científico elevado, lo que hacía muy costoso su desarrollo y por ello las terminales que fabricaban los procesadores de datos decidieron crear programas de comunicación entre el usuario y la máquina, de manera de facilitar su labor. Estos programas fueron llamados "sistemas operativos". Constituían una verdadera asistencia al usuario; las empresas de comercialización de procesadores de datos los entregaron como parte integrante del procesador de datos, sin costo adicional.

En 1967, los transistores lograron ser reducidos a tamaños casi imperceptibles al ojo humano y los circuitos integrados lograron ser muy reducidos; alto número de ellos a muy bajo costo, apareciendo la cuarta generación de procesadores de datos. El incremento de dispositivos posibles fue muy grande, la complejidad de manejo elevada, y la necesidad del sistema operativo se convirtió en imprescindible. La tecnología hizo descender los costos de producción de los circuitos de procesadores de datos, mientras que se elevaron los de confección de programas de sistemas operativos; aparecieron fábricas dedicadas a la construcción de procesadores de datos con circuitos electrónicos que tenían funciones similares a los que comercializaban empresas tradicionales en el mercado, y que pagando los cargos que estaban vigentes usaron los programas de sistemas operativos desarrollados por las mencionadas empresas tradicionales. Quedó separada la forma de comercialización, de manera que, por una parte, se comercializó el procesador de datos en su forma física compuesto de los circuitos y del microprograma. y, por la otra, los programas supervisores y los de aplicación.

Hasta comienzos de la década de 1960, el problema de la protección de los programas del procesador de datos estuvo a la sombra en razón del estado del arte y las políticas comerciales que eran llevadas por las empresas. En la década de 1960 se hizo tangible la aparición del fenómeno de la informática y con ello los programas del procesador de datos fueron adquiriendo importancia. Este nuevo elemento, de carácter intangible, era capaz de alojarse en diferentes medios de soporte. Las primeras tendencias fueron las de asimilar los programas al propio procesador de datos, y así en un principio se comenzó a considerar un todo susceptible de protección bajo el derecho de propiedad industrial. La doctrina jurídica, con posterioridad, determinó que los programas del procesador de datos carecen de las características jurídicas requeridas para ser invenciones. Fue manifestado que un programa, por innovador que sea, no importa un descubrimiento, pues no es idóneo para producir resultados industriales por sí mismo, además la publicidad que brinda el derecho de patentes de invención resultaría contradictoria con la necesidad de secreto, que de hecho forma parte de la protección requerida por los programas.

El primer grupo consultivo de expertos gubernamentales se reunió en 1971 para preparar un asesoramiento solicitado por el secretario general de las Naciones Unidas para la Organización Mundial para la Protección Intelectual (OMPI), en relación con la protección legal de los programas del procesador

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de datos.

Se realizaron reuniones en los años 1974, 1975, 1976 y 1977, en las que continuaron los estudios, y en 1978 se redactaron las "Disposiciones tipo para la protección del soporte lógico" que constituyó un modelo legislativo destinado a ser propuesto a los países con el fin de lograr una legislación estandarizada en la materia. Estas disposiciones tuvieron un carácter sui generis pues participaban de principios de los derechos de autor y del derecho de patentes de invención, sin coincidir en forma absoluta con ninguno de los dos; tampoco tuvieron acogida en las legislaciones, a pesar de los muchos comentarios que se hicieron de ellas.

Se realizaron diversos estudios y proyectos signados por el derecho de patentes de invención, tal como el análisis de la novedad del programa, la concesión de derechos de privilegio exclusivos, de manera de garantizarlo contra otros desarrollos independientes, brevedad en el plazo de protección, obligación en cuanto a registro y publicidad. En este terreno trabajaron especialmente el Ministerio de Industria e Investigación de Francia y el MITI de Japón.

Apareció en esa época un numeroso y poderoso conjunto de productores independientes de programas de procesador de datos del tipo de los de aplicación. Esto desvió la atención de los juristas en cuanto a la tutela del derecho de patentes de invención hacia los derechos de autor.

En 1979 la OMPI convocó a una nueva reunión de un grupo de expertos que se realizó en Ginebra en el mes de noviembre y tenía por fin estudiar las medidas destinadas a reforzar la cooperación internacional para la protección jurídica de los programas del procesador de datos a fin de asegurar una armonía internacional en las legislaciones nacionales. A pesar de haberse intentado, no se llegó a firmar un tratado internacional, pues se entiende que las convenciones internacionales existentes, aunque no habían sido hechas para esta materia, en su contenido se adaptaban, y se debería tratar de aplicarlas, en vez de hacer nuevos tratados.

En junio de 1983 se reunió el Comité de expertos para considerar las respuestas dadas por los países a un cuestionario que había enviado la OMPI sobre el tema. Se descartó el hecho de continuar estudiando la realización de un tratado internacional, a la vez que se consideró la necesidad de fomentar una protección a nivel internacional de la materia. Una reunión de trabajo prevista por el anterior Comité fue llevada a cabo en abril de 1984, en Canberra. Esta fue la última de las convocadas por la OMPI dentro del sistema de la Unión de París para la Protección de la Propiedad Intelectual.

La OMPI y la UNESCO decidieron convocar a un grupo de expertos para tratar el tema de la protección por la vía de los derechos de autor. Fueron invitados a designar expertos la Argentina, el Brasil, China, los Estados Unidos de Norteamérica, Hungría, la India, el Japón, República Federal de Alemania y la Unión Soviética. Esta reunión fue abierta a la participación de los países que integraron la Convención de Berna, la Convención Universal y la Convención de París.

La reunión se llevó a cabo en la sede de la OMPI en Ginebra, del 25 de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

febrero al 1º de marzo de 1985 y se la denominó "Grupo de Expertos sobre los Aspectos Relativos a Derecho de Autor en la Protección de los Programas de Procesador de datos y de Soportes Lógicos".

En la década de 1980 se observa una tendencia generalizada y uniforme y se opina que los derechos de autor resultan aplicables a la protección de los programas del procesador de datos.

EVOLUCIÓN DOCTRINARIA

En la primera etapa del desarrollo no se efectuaron grandes distinciones entre los programas y las propias máquinas. Los programas fueron considerados parte de la ingeniería de la máquina. Esto ocasionó que se intentase la protección de dichos programas por las leyes de patentes de invención. El programa no se había independizado de la máquina y se pensaba que el secreto era la forma adecuada de protección. Sólo con el tiempo se cambia el concepto de que el programa era parte del procesador de datos, para concebirlo como un auxiliar del propio programa.

El posterior estudio realizado por expertos y especialistas permitió delinear más claramente una diferente naturaleza en los programas. Esto comenzó a ser originado por el impacto económico-social que aquéllos empezaron a tener y que el profesionalismo legal, a través de su contacto, logró más familiaridad con el tema. En los últimos tiempos se definió la labor intelectual que encierra el desarrollo de un programa y se le atribuyó derecho a protección. Muchas corrientes doctrinarias en la actualidad asignan a los programas del procesador de datos el derecho a la protección por los derechos de autor.

A medida que la doctrina ha avanzado en sus estudios, comenzaron a objetarse diferentes puntos respecto a la protección. Con referencia a los derechos de autor, y en cuanto a su aplicación, se expresó que el programa es una realización no artística, que puede ser soportado en medios físicos electrónicos que no permiten ser percibidos por los sentidos y que para su entendimiento se precisa un idioma y conocimientos especiales. Con respecto a los algoritmos, que constituyen ideas aún sin ser procesadas, se estableció que llegan a tener más importancia que el propio desarrollo del programa. Otro punto que fue marcado es, que, en muchas ocasiones, quien desarrolla el programa usa un mínimo de creatividad, pues sus autores han adoptado soluciones o ideas que no provienen de su esfuerzo original. Asimismo, se destacó, dentro del mismo punto, que en muchos casos el programa es el resultado del esfuerzo de un conjunto de personas. En algunos casos se puso de manifiesto que la protección brindada por los derechos de autor para los programas del procesador de datos, en ciertos países, es excesiva respecto de la materia y los derechos a proteger.

CONCEPTO DE PROGRAMA DEL PROCESADOR DE DATOS

El legislador regula la conducta frente a cada bien encuadrándolo en la realidad natural a que se encuentra vinculado. Las normas que en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

consecuencia se produzcan están formadas en antecedentes a los que el productor de la norma jurídica atribuye consecuencias que supone que acarrearán situaciones jurídicas. Esto se traduce en la conformación de tipologías que se desarrollan en figuras jurídicas, las que, frente a los presupuestos antecedentes, configuran la base de las relaciones o situaciones jurídicas a ser normadas. Este conjunto de antecedentes, que constituye la "hipótesis" del sistema normativo, determina el desarrollo de la consecuencia legal que regulará las conductas humanas en relación con la realidad. Para ello la conducta es confrontada con el modelo supuesto del ordenamiento jurídico, y si ella responde a las características, los efectos jurídicos serán acordes con la misma.

Para que los casos se ajusten a la norma, deben partir de antecedentes fácticos que no estén en divergencia con la realidad, en cuanto que la norma, por su carácter abstracto, toma rasgos genéricos de la realidad para crear la tipología de casos a los que imputará las consecuencias previstas en ella.

Frente a los conceptos reseñados, es justificable la búsqueda del método de encuadre del bien jurídico dentro de su verdadera naturaleza. Esta noción debe tener su autonomía de manera de transitar los tiempos y las mutaciones procurando mantenerse dentro del ordenamiento jurídico. Es bien sabido que esta conducta conservatoria, dentro del ordenamiento, no puede tener el carácter de absoluta, salvo en el caso de la teoría ejemplar. Es aceptado que, además de la realidad fáctica cambiante del bien, se suman las exigencias de las valoraciones superiores, como pueden ser las del patrón orden público, necesidades de estado moralidad, las que en su aplicación conjunta autorizan modificar el plexo normativo de manera de proyectar efectos diferentes en el acto.

Ha sido aplicada la analogía en algunos ordenamientos jurídicos, tratando de orientar la protección de la programación ya sea, en algunos casos, por la protección de las leyes de patentes de invención, en gran cantidad de países hacia la protección de los derechos de autor. Esto no conformó a otros países que prefirieron buscar formas eclécticas. En otros casos la inclinación se dirigió hacia un sistema sui generis y varios regímenes se encuentran enfrentados a soluciones pendulares que terminan por confundir aun más el panorama jurídico, convirtiendo esto en una maraña de indefiniciones con un horizonte oscuro.

Es así como en las conferencias internacionales no se llega a determinar las bases mínimas para alcanzar acuerdos que permitan unificar criterios.

El efecto jurídico no es algo material, sino que sobre la realidad fáctica obra una creación espiritual percibida en forma psíquica. Han manifestado algunos autores que con la más leve diferencia de los supuestos respecto de su esquema normativo, en cuanto a los elementos y requisitos, muchos serían los perjuicios que se producirían en el ámbito social reglado, y esta incertidumbre, que emergería de un sistema legislativo inadecuado, provocaría una inestabilidad sin término. Por tanto, los principios de la certeza y la economía justifican una actitud de encuadre jurídico eficaz.

Interesa enfocar, en primer lugar, la determinación del campo del bien

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

jurídico a proteger, en cuanto a su carácter material o inmaterial, dentro de ello si encuadra en una especie ya predeterminada o nace una nueva especie, y aun, dentro del último supuesto, qué relación tiene con las que hayan sido predefinidas.

La descripción del bien inmaterial y la tipificación de su conducta, realizada en forma genérica, no nos califica a dicho bien en su encuadre jurídico. La realidad histórica, en su devenir, hace ajustar los múltiples esquemas, produciéndose mutaciones en las previsiones esquemáticas.

El bien a ser protegido. Este bien es un producto de la mente humana originado en la necesidad presente o creado en el medio social. Esta necesidad consiste en resolver una situación o problema por medio del uso del procesador de datos. Una serie de etapas lleva a alcanzar esa solución, en la que el programa, codificado en su forma objeto y ejecutado en el procesador de datos, logra el resultado esperado.

Frente a la necesidad expresada, sigue el estudio de la factibilidad, la realización por el medio elegido. Este estudio es realizado por la o las personas que tomarán la decisión de seguir o no adelante con el proyecto; pero una vez tomada la decisión en el sentido de la realización, las siguientes etapas se ubican en la confección del programa. Enfocada la necesidad del desarrollo del programa, continuará la selección del procesador de datos y del lenguaje a ser utilizados de acuerdo con la materia. Dentro de este análisis se deberán elegir el o los algoritmos que deberán utilizarse para seguir la lógica matemática de la solución. El algoritmo es la fórmula matemática o estructura lógica que se emplea en la solución del problema. Así, en un programa de clasificación de datos, el algoritmo está dado en la fórmula de ordenamiento y la lógica secuencial que permiten que los elementos puestos al azar sean finalmente ubicados en un orden predeterminado. Otros algoritmos pueden referirse a la estructuración en sílabas de las palabras correspondientes a un idioma, las reglas de acentuación o fórmulas matemáticas aplicadas en el pago de una nómina salarial.

El proceso de elaboración del programa es continuado con la resolución del algoritmo dentro del lenguaje de programa elegido. Para la resolución se desarrolla el diagrama lógico o diagrama de flujo necesario. Este puede ser resuelto de distintas maneras por distintos programadores. Consagra un contenido de ideas personales expresadas con notaciones convencionales en forma de esquemas ensamblados.

La próxima tarea que realiza el programador es la conversión del diagrama de flujo en un lenguaje, llamado fuente, que permite la comunicación de las personas con el lenguaje de la máquina. Los símbolos de este lenguaje pueden ser tanto los convencionales de una lengua corriente conocida (como ejemplo puede citarse el COBOL -Common Business Oriented Language- en el que se usan palabras corrientes del idioma inglés, que son interpretadas por un lenguaje de procesador de datos; otro ejemplo es el lenguaje FORTRAN, en el que se usa una simbología lógica matemática), o éstos pueden ser convenidos para confeccionar un nuevo lenguaje a ser aprendido por quien va a escribir el programa.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuando el programa ha sido escrito y corregido de manera que constituya una obra completa y sin dificultades, se procede a su traducción, de la codificación fuente a la codificación, que es fácilmente interpretable por el procesador de datos. Un programa especialmente confeccionado, llamado compilador, efectúa esta traducción por el hombre, haciéndolo en el procesador de datos. Así se obtiene el programa objeto (codificado en lenguaje objeto). Para facilitar la utilización de todo este material se produce la documentación necesaria que permita la actualización y uso del programa.

En cada etapa se van obteniendo productos que son derivados de la anterior y que van dando base a la que le sigue.

DESCRIPCIÓN DE LA MATERIA A PROTEGER

Los programas se encuentran en diferentes formas, pero todos ellos tienen un denominador común; son utilizables con un procesador de datos para desarrollar una determinada tarea. El lenguaje en que se lo escribe es entendible por una amplia gama de personas; en general, éstos son los programadores, los ingenieros de sistemas, los operadores de procesador de datos y los usuarios.

El sistema por el cual se expresan los pensamientos o ideas en este lenguaje es simbólico y convencional, al igual, y como ejemplo, que la manera de expresar las notaciones musicales. Al expresarse en este lenguaje, quien escribe el programa lo hace en su forma fuente, usando a veces palabras, abreviaturas o símbolos. Este programa es convertido en la forma objeto, cuyo contenido está expresado, en general, en la forma matemática binaria, aceptada por el procesador de datos para su ejecución.

El programa, en su forma objeto, es una transformación de éste a partir de su forma fuente, lo que lo hace constituir en una copia, un hecho similar al que ocurre, también, como ejemplo, entre la escritura corriente y la taquigrafía, con respecto a un mismo escrito.

La operación de escribir un programa en su forma fuente requiere del esfuerzo humano en cuanto a la habilidad, dedicación y creatividad, en forma análoga que lo requiere la escritura de un proyecto o una obra. Frente a un mismo tema y dada igual terminología, dos programadores producirían diferentes programas. Los programas son ejecutados a través del procesador de datos y tienen diferentes niveles de operación. Se encuentran los de control de los circuitos internos del procesador de datos, denominados microprogramas. Pueden ser fijados en pastillas semiconductoras (ROM = Read Only Memory), o en discos magnéticos, ya sean del tipo duro o flexibles. Los programas de sistema operativo, que controlan la operación del procesador de datos, integran un segundo nivel, y un tercer nivel de programas lo constituyen los programas de aplicación, que indican al procesador de datos el desarrollo de una función específica, útil al usuario final. Estos se encuentran alojados en diferentes medios, tales como cintas magnéticas, discos magnéticos, memorias de acceso libre,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

discos flexibles, etcétera.

Toda la información de soporte referente a los programas está contenida en libros y demás material explicativo que constituye el "material de soporte".

VALORES Y ASPECTOS JURÍDICOS A PROTEGER

Los bienes jurídicos en toda su expresión suelen encerrar diferentes valores jurídicos, los que, por su naturaleza, pueden ser protegidos por distintos institutos del derecho. En el caso de nuestra materia en estudio podemos encontrar:

1. El programa como obra, resultado de la labor intelectual del programador.
2. El resultado de la aplicación del programa realizado por el usuario.
3. La arquitectura del programa, como diseño estructural de éste.
4. La funcionalidad del programa en cuanto al manejo de los datos, la producción de la información, el ingreso y la salida de datos.
5. Los algoritmos empleados para llegar al resultado final.
6. Las técnicas de resolución de los algoritmos y del manejo y procesamiento de los datos para lograr la información.
7. La técnica utilizada en la codificación del programa.
8. Los datos y la información obtenida con el uso del programa.
9. La tecnología como elemento económico.

Estos valores jurídicos, que muestran algunos de los tantos que sea necesario proteger, pueden serlo por diferentes recursos jurídicos; así pueden usarse:

1. Los derechos de autor.
2. Los derechos de propiedad industrial.
3. El secreto comercial.
4. La competencia desleal.
5. Las cláusulas contractuales.
6. El derecho marcario.
7. El derecho penal.
8. Las leyes de protección económica.

Esta nómina indica algunas de las ramas del derecho que pueden encarar la protección, cada una desde su aspecto, al bien jurídico programa del procesador de datos.

Dentro de las diferentes pretensiones jurídicas que respecto de éste bien pueden reclamar protección podemos enumerar:

1. Plagio. Partes o principios de un programa son tomados y transferidos a otro programa sin autorización.
2. Copiado. El programa es copiado en su totalidad o gran parte sin

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

autorización, en forma idéntica al original y luego distribuido o usado en beneficio propio o ajeno.

3. Uso no autorizado. Utilización de un programa sin licencia de su autor o propietario en beneficio propio o ajeno.

4. Modificación de información o programas. Figura por la que una persona que conoce la programación, durante la ejecución de un programa, introduce modificaciones a la secuencia del proceso de manera de realizar operaciones que no estaban previstas. Esta forma es delictiva en cuanto al fin perseguido y obtenido con la modificación efectuada. Como ejemplo, puede ser realizado lo que comúnmente se llama el "redondeo", que consiste en tomar pequeñas sumas, centavos, de muchas cuentas y aplicarlas en provecho propio. Hay modalidades de las cuales no quedan rastros de esta ejecución realizada fuera de lo previsto en el programa.

5. Captura y divulgación de información confidencial. La actividad delictiva se configura por la apropiación indebida de información de carácter confidencial, la que luego es usada en forma directa o indirecta en beneficio de quien no es su propietario.

6. Intercepción de comunicaciones. Por medio de sistemas especiales alguien se introduce en el sistema de telecomunicaciones privadas del usuario y obtiene información no autorizada o ingresa al procesador de datos.

7. Contrabando de informática. Consiste en el ingreso al país o egreso de él de información o programas no autorizados o cuyos correspondientes aranceles no han sido pagados.

DOCTRINA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA

Con respecto a la naturaleza jurídica, han sido presentadas diversas teorías, según lo encuadren como un bien definido entre los tipos existentes o que nazca un nuevo tipo. Entre estas últimas cabe resumir así su posición:

Es un elemento distinguible del procesador de datos, de carácter inmaterial, que consiste en un conjunto de instrucciones que, cuando se incorpora a un soporte legible por máquina, puede hacer que ésta realice o consiga una función no encuadrada en la categoría de científica, literaria o artística.

Esta teoría encuentra en el programa del procesador de datos una nueva especie que no encuadra justamente dentro de las predefinidas y que están protegidas por el sistema legal vigente.

Entre las teorías que lo definen dentro de las categorías preexistentes están: Es parte del procesador de datos formando un todo con él en cuanto se encuentra integrado; hace a su funcionamiento y ambos por separado no cumplen la función para la que fueron creados.

El programa del procesador de datos es una obra intelectual, creación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

original del hombre y exteriorizada en lenguaje especial de máquina.

1. Es una obra en cuanto constituye un conjunto ordenado de instrucciones, capaz, cuando es incorporado a una máquina, de cumplir una función.
2. Intelectual, por ser la solución brindada en base al entendimiento humano frente a algoritmos o situaciones presentadas que proviene del discernimiento, ingenio y creatividad de la mente del hombre.
3. Creación original del hombre, pues el aporte de creatividad original está dado por el resultado obtenido frente a la situación planteada.
4. Exteriorizada en cuanto el programa se transcribe a un medio del que luego pasa a ser fijado en los sistemas mecánicos.
5. En lenguaje especial de máquina. Es un conjunto de palabras y de símbolos convencionales que sirven para expresar las ideas y que por un proceso será transformado en lenguaje de máquina.

En este grupo, podemos afirmar que la primera de las posiciones mencionadas ha pertenecido a una temprana etapa de la programación y hoy ya ha sido dejada de lado por la doctrina; la segunda encuadra en el programa del procesador de datos dentro de las obras protegidas por los derechos de autor.

Los programas del procesador de datos constituyen en sí una categoría dentro de los derechos patrimoniales, de tipo sui generis, incluidos en los derechos a la explotación económica temporaria de la obra. Además de los derechos intelectuales de naturaleza patrimonial, origina el derecho moral de autor, de carácter personalísimo, basado en la necesidad de proteger lo íntimo y profundo del propio pensamiento, cuidar la integridad de la idea de la obra, perfeccionarla, oponerse a que se deformen sus conceptos, decidir si debe publicarse o no y cuándo. Este derecho moral vinculado a la personalidad del ser humano es intransmisible e imprescriptible.

Conclusión sobre el contenido y naturaleza jurídica del bien. El programa del procesador de datos constituye, tal como fue manifestado, un bien inmaterial en cuanto su entidad radica en ser producto de una elaboración intelectual, manteniendo su esencia en forma independiente de su incorporación a cualquier medio físico. Como tal debe considerarse una creación de la mente humana, el que, a través de medios adecuados, puede hacerse perceptible y utilizable en las relaciones sociales.

Puede observarse que en la gran mayoría de los programas del procesador de datos no se advierte variante respecto de obras similares producto de la inteligencia o del ingenio humano, con respecto a los derechos que le puedan ser reconocidos y a las acultades que les brindan las normas legales que se relacionan con la exteriorización de la obra inmaterial.

Se destacan como rasgos característicos:

1. La necesidad de plasmarlo en algo corpóreo de manera que se exteriorice el bien inmaterial.
2. Es repetible ilimitadamente.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. Puede tener amplia circulación y además ser disfrutado por muchos sujetos.
4. Tiene su propio valor económico, que es independiente del valor económico del medio físico al que haya sido incorporado.
5. Las características mencionadas hacen necesaria su protección jurídica.
6. Debe al menos brindársele protección por los derechos intelectuales ya sea en cuanto a la propiedad literaria y/o a la industrial.

El contenido económico que encierra el bien lo hace que sea objeto de tutela jurídica. La elección de la solución óptima hace necesaria la equilibrada ponderación de todos los intereses en juego y su cuidadoso análisis. Debe evitarse caer en el error de considerar únicamente los intereses de alguna de las partes o darle preferencia.

Dentro de esto no debe olvidarse en el análisis la protección por la vía contractual, que ha sido altamente empleada frente a las lagunas y la falta de certeza en el derecho informático. Este sistema ha permitido a las partes darse las propias normas con el grado de precisión con que ha ido rodeando las circunstancias de cada operación a instrumentar.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, en cuanto el programa del procesador de datos encuadre procedimientos destinados a combinar la utilización de las fuerzas, los elementos o las leyes de la naturaleza para obtener un resultado que sea novedoso y se encuentre dirigido a la industria, al constituir un invento o parte de él, puede llegar a ser objeto de protección industrial.

LA FORMA DE REALIZAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA

Los sistemas normativos, en su estructura lógica, constan del antecedente a través del cual se prevé la conducta sobre la cual será imputado un consecuente, lo que supone un cambio en la situación jurídica (aunque el mismo sea la permanencia en dicha situación)

Esto ha llevado a la clasificación de la realidad social en tipos que permiten formularles previsiones en abstracto, lo cual conlleva a generalizar las conductas distinguiéndolas en su propia significación material. Este funcionar normativo hace que se desarrolle, en el quehacer humano, un ajustarse a la variedad de tipos creados en previsión de que puedan producirse los cambios que se teme que ocurran, de esta manera al confrontarse la conducta con el tipo o modelo creado. Si ésta se ajusta a lo esperado, deberán avenirse las consecuencias jurídicas correspondientes, pero si no se encuentra el tipo adecuado creado, no ha de constituir argumento el planteamiento contrario por el que la laguna jurídica impida la consecuencia correspondiente a esa conducta.

Si es frontal la actitud del ordenamiento jurídico con respecto al bien jurídico en un todo, la pretensión de su encuadre en forma forzada no permite el logro de los efectos jurídicos o de los fines tutelados en el derecho, las consecuencias jurídicas serían impuestas con prescindencia del sentido de la voluntad interesada. La diferencia entre los supuestos del esquema

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

normativo y el acto realizado acarrearán perjuicios en la relación.

Consagrar el principio de la regulación del bien jurídicamente dentro de un solo y predeterminado sistema jurídico, considerándolo en un todo, único e íntegro y regular todos los actos que se refieran al mismo por ese especial sistema, abre el riesgo de la imperfección y no respeta las voluntades interesadas.

La evolución del derecho muestra una necesaria continuidad se realiza en forma lenta y gradual; no se permiten en el derecho lagunas ni faltas de conexidad ni la ruptura en su consistencia interna en cuanto a la lógica y a la organización del mismo. El jurista debe actuar con prudencia de manera de adecuar cada solución que brinde a los nuevos problemas con los principios del sistema jurídico existente manteniendo la continuidad del derecho.

Este operar jurídico permite que los nuevos fenómenos sean disciplinados en forma conveniente dentro de los institutos ya conocidos, preservando de esa forma la continuidad del desarrollo histórico del derecho, sin producir bruscas rupturas en el sistema vigente.

En el caso de la materia en estudio, varios institutos han intentado su encuadre. Dentro de ellos se han destacado como vertientes de orientación, la protección por los derechos de autor y por los de patentes de invención. En primer lugar, debe buscarse si la protección jurídica al programa del procesador de datos puede ser brindada mediante la aplicación de los institutos legales vigentes.

Elementos de la protección jurídica. Son consideradas obras acreedoras al derecho de protección por los derechos de autor las creaciones originales intelectuales expresadas en una forma reproducible. Esto obliga a que el programa del procesador de datos no sea una simple idea. En el caso que estuviéramos ante la idea, elemento no corpóreo, por novedosa o genial que sea, ésta pasa a ser patrimonio de la humanidad y no es susceptible de protección; por lo tanto no puede pretenderse protección legal para la idea de solucionar un problema por un programa de aplicación o por un algoritmo.

En su forma básica la idea suele tomar la forma de algoritmo; esto ha sido considerado un elemento generalizado y, por lo tanto, le ha sido, en muchos casos, negada la protección; sólo una vez que es expresado se convierte en una realidad fáctica en el seno de la sociedad.

Respecto de la idea en su forma expresa, la doctrina ha elaborado las bases para su protección por los derechos de autor y desde el punto de vista industrial por el derecho de patentes de invención. Las ideas no son apropiables, pero, aun con la aptitud para el común de la humanidad, pueden ser tuteladas jurídicamente por el secreto comercial.

En el caso de las obras literarias, además de la protección que se brinde a la forma externa con que ellas se presentan ante nuestros sentidos, se brinda tutela jurídica a la estructura interna, lo que en el caso de los programas del procesador de datos equivale al diseño de éstos.

Los procedimientos que están destinados a combinar la utilización de las fuerzas, los elementos o las leyes de la naturaleza para obtener un resultado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y constituyen un invento y estarían protegidos por el derecho de patentes de invención.

La obra para ser protegida por los derechos de autor debe ser el resultado de la labor del autor, no imitación o apropiación de elaboración intelectual ajena; debe constituir una creación intelectual producto de los procesos de la mente humana y que exista en cierta medida un esfuerzo intelectual, y debe ser susceptible de tener expresión, aunque no es imprescindible que se encuentre centralizada en una fijación en particular.

LA PROTECCIÓN POR LOS DERECHOS DE AUTOR

El derecho a la reproducción. Cuando un programa de procesador de datos es protegido por derechos de autor, sus autores o personas autorizadas por éstos podrían hacer uso y explotación del programa en su forma física. El derecho a la reproducción es el de hacer copias en forma irrestricta. Ha sido establecido en la Sec. 16 (2) del Acta de Protección de Derechos de Autor que la transferencia de una obra en imágenes o sonido constituye una reproducción, el simple fijado temporario y transitorio de la obra protegida es una reproducción. De esta manera, la conversión de un programa, ya sea de su forma fuente a objeto, su transferencia a través de líneas o a otras formas como el papel, tarjetas, cintas perforadas, cintas magnéticas, discos, microfichas, etcétera, su almacenaje en memorias de sistemas de procesamiento, constituye una reproducción. Todas estas formas pueden ser hechas perceptibles a los sentidos humanos con la ayuda de métodos y dispositivos adecuados.

El derecho de reproducción, que consiste en la distribución de copias del original, realizada por el autor o propietario o con el consentimiento de alguno de ellos, no importa que en la forma contractual se hayan utilizado los términos de compra o venta. En las operaciones comerciales lo que se transfiere en carácter de propiedad es el material que sustenta como medio al programa contenido, pero no son transferidos los derechos de propiedad intelectual incorporados al programa.

Frente a lo manifestado, debe tenerse en cuenta que la protección brindada por los derechos de autor podría no proteger respecto de quien ha sido autorizado o licenciado a usar un programa de procesador de datos, a que el usuario realice una reproducción o copia para su respaldo en situación de emergencias, tales como daño, destrucción o pérdida.

El concepto de lo estético. Ciertos doctrinarios jurídicos, especializados en la protección de obras literarias y musicales, sostuvieron que el régimen de los derechos de autor estaba reservado a creaciones intelectuales que se dirigían a la satisfacción del sentido estético del hombre. De esta manera quedaba excluido de su régimen cualquier tipo de producción que fuese destinado a un fin utilitario en forma manifiesta.

La palabra estético ha tomado diferentes significados a través del tiempo. Proviene de un antiguo vocablo griego, *asistente*, que significaba percepción, sensibilidad, apreciación. A partir del siglo XVIII, la palabra fue aplicada a las artes superiores.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La primera interpretación dada al concepto de belleza no presenta problemas desde el punto de vista legal, en cuanto la creación intelectual debe ser perceptible por los sentidos humanos (directa o indirectamente).

Definió Troller que la protección a una obra es brindada en cuanto "es una creación, la idea intelectualmente indirecta de una experiencia o una percepción; esta idea es directamente percibida por los sentidos y con referencia a nuestro sentido de belleza".

Si al "tema estético" le es dado un sentido diferente, el de belleza, en cuanto a requerimiento para la protección, la posición es distinta. Este sentido, generalmente, se aplica con referencia a las obras escultóricas, pictóricas o gráficas. Respecto a las obras literarias, un sentido similar puede aplicarse relacionado a los poemas, a las novelas, dramas, cuentos, etcétera. Aun en los trabajos científicos se puede encontrar lo estético en cuanto se refiera a la claridad de su estructura, el modelo intelectual y la elegancia del lenguaje. Sin embargo no es la belleza considerada un prerrequisito para brindar protección a todos los trabajos literarios. En la mayoría de los artículos, tratados, libros, etcétera, existe un sustrato intelectual que no está siempre correspondido por el sentido humano de belleza.

Los criterios para brindar protección a los trabajos literarios y a las obras científicas se han referido siempre a la creación intelectual del individuo. La base de la protección por los derechos de autor reside en proteger la labor intelectual del individuo manifestada. En su obra, no en el efecto estético que imparta.

Por otra parte, es posible que si consultamos a un experto en programas de procesador de datos pueda encontrar aspectos estéticos debidos a la elegancia de la solución o a la claridad y lucidez de la estructura programática. Sin embargo la protección de un programa de procesador de datos no depende de la incorporación de tal sentido estético, sino que sea una creación intelectual (A)(1)(261).

En la actualidad, en muchas leyes de protección de derechos de autor se hace referencia a las "obras intelectuales", en lugar de hacerlo únicamente a obras literarias y artísticas; así quedan cubiertas, en esos sistemas legislativos, todas las obras del intelecto.

El hecho de que el programa esté relacionado directamente con la tecnología no es suficiente razón para rehusar brindarle protección por los derechos de autor.

La creación intelectual. Se ha sostenido que no existe una verdadera creación intelectual en cuanto que el analista o el programador deben restringirse a seguir procedimientos o rutinas preestablecidos, sin que haya esfuerzo intelectual o formas de ciencia o arte pues se afirma que los programas son fórmulas matemáticas concatenadas. No obstante, cualquier obra del espíritu representa una sumatoria de factores o elementos creativos que contienen siempre una dosis más o menos relevante de la actitud creadora del autor. En las obras en general se pueden distinguir etapas de elaboración distintas y aun dentro de ellas se pueden llegar a discernir resultados concretos que han sido formalizados. La creación del autor o algunas de las etapas permite la derivación de una nueva obra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre la base de la obra anterior y esta derivación puede ser realizada por el propio autor o por un segundo autor.

Puede distinguirse una serie de etapas a lo largo de la creación de los programas. En la primera etapa, la escritura de las especificaciones, de los conceptos básicos y de la solución del problema, luego la descripción del programa en el lenguaje natural, su conversión en un diagrama de flujo, la codificación en el lenguaje fuente y finalmente, la conversión al programa objeto. Todos estos pasos constituyen el desarrollo, en todas sus fases, del proceso para completar el trabajo de producción de un programa de procesador de datos. Su tarea es comparable con la realización de una obra cinematográfica, o en muchos otros campos del arte o de la literatura. Comprende las tareas que se extienden desde la concepción, la estructuración, los bosquejos, etcétera, hasta la culminación final de la obra. Se puede concluir que prácticamente las primeras etapas de la creación del programa del procesador de datos tienen contenido protegido por los derechos de autor. Esto va a estar incluido en las etapas siguientes, hasta llegar a la última en que el programa se encuentra en su forma operativa. El autor del programa está interesado en protegerlo en todas sus etapas, pero en especial en sus formas de expresión fuente y objeto. En la conversión que se ha operado entre las diferentes etapas y en especial cuando se lo transforma del lenguaje fuente al objeto, el contenido literario ha permanecido inalterable.

Para ser merecedor de ser protegida por los derechos de autor, la obra debe ser el resultado de un cierto esfuerzo intelectual reflejado en su forma o en su contenido como expresión de la revelación de un experto o en la recolección, selección y estructura del tema involucrado. El programa del procesador de datos satisface el requerimiento de ser generalmente el resultado de un considerable esfuerzo intelectual de acuerdo con las múltiples condiciones con las que ha debido conformarse.

Condiciones de un programa. En cuanto el tema esté orientado a la utilidad del programa del procesador de datos, además de las condiciones básicas de confiabilidad y exactitud, debe estar orientado hacia el usuario, ser fácil de leer y de ser operado y modificado, de carácter universal, de fácil mantenimiento. poco costoso y eficiente; por otra parte y con respecto a su protección, el programa, además debe ser una creación personal. así como lo es una obra literaria o de arte.

Una misma experiencia descrita por varias personas diferiría en cada relato teniendo cada uno su toque personal. y gozarían de individuales derechos de protección. En cambio, en el desarrollo de una tabla de cálculo matemática o de fórmulas químicas, efectuadas por diferentes personas. su naturaleza es invariable y no goza de protección por derechos de autor. Así, si diferentes programadores deben resolver el mismo problema producirán programas que son sustancialmente diferentes, variando en forma y contenido. Hay amplia libertad para la creación individual en cuanto a la elección del programa, de la forma de efectuar la diagramación de flujos, la división en secciones, la selección de formas de almacenamiento, las alternativas elegidas, la construcción de subrutinas. Cada particular

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

combinación es seleccionada y lo será con respecto a las características del individuo que lo realiza. La estructura y arquitectura, consistente en la organización y concatenación de los subprogramas es protegible por los derechos de autor.

Esta libertad individual de diseñar, resultado de la suma de los elementos del programa dispuestos de una manera particular para hacerlo inteligible y posible de leer y ejecutar, satisface la necesidad de creación individual tanto en la forma como en el tema.

La percepción por los sentidos y la finalidad. La doctrina puso objeción en cuanto que los derechos de autor protegían las obras que tenían un destino humano. Algunos autores manifestaron que los programas del procesador de datos no se dirigían a los sentidos y a la mente sino al comando de las funciones de una máquina.

Los derechos de autor no protegen las ideas en su carácter de tales, es decir, mientras permanezcan en la mente de su generador; son un patrimonio universal sin una realización concreta, por lo tanto, para la protección por los derechos de autor es condición que la obra sea posible de ser percibida por los sentidos, no sólo los del autor sino también los de otras personas, sin que acciones posteriores del autor sean requeridas, pudiendo recurrirse a equipos técnicos Si fuese necesario, o sea, que debe estar en el campo de los elementos sensibles, de tal manera que pueda ser utilizado, aun recurriendo a la reproducción o representación, en forma independiente de la voluntad del autor.

Con respecto al programa del procesador de datos, de todas las etapas de su elaboración, únicamente la última, la del programa objeto es la legible por la máquina; todas las anteriores pueden ser interpretadas por seres humanos. El programa en su forma de lenguaje fuente cae dentro de lo que puede determinarse como escritura humana, al igual que cualquier otra obra literaria o científica, sin tener en cuenta el diferente propósito. Estos programas, en su forma fuente u objeto, además son usados como elementos de información, enseñanza, entretenimiento y sobre ellos se pueden realizar las futuras correcciones.

La protección brindada por las leyes de derechos de autor está destinada a tutelar la labor intelectual personal, siendo el único recaudo necesario que la obra intelectual haya sido expresada por lo tanto, la condición imprescindible está en que sea perceptible por los sentidos ajenos, por haber tenido en alguna oportunidad expresión separada de la mente de su autor.

Los límites en la protección por los derechos de autor. Además de los elementos de trabajo protegidos por las leyes de derechos de autor, hay elementos literarios y artísticos que son de público dominio. El tema elegido para el trabajo, determinado por el autor como base para su labor, puede ser de dominio público; así ocurre con los hechos históricos descritos en una obra, que pueden ser usados, una y otra vez, como base para nuevos trabajos. Sin embargo, este concepto debe ser interpretado en cada caso; así, el tema de un relato ficticio, producto de la imaginación de su autor, es un elemento protegido por los derechos de autor; quien lo creó puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

impedir a otra persona realizar otro cuento usando los elementos principales y las características del suyo.

No es conveniente elegir como criterio para valorar la protección del programa del procesador de datos por los derechos de autor la distinción entre tema y forma. Es aceptado que los sistemas, los principios, las ideas, las doctrinas y las teorías son de dominio público. Sin embargo, lo que es protegido por los derechos de autor es la estructura del trabajo, determinada por su tema y la forma.

Es principio fundamental de las leyes de los derechos de autor que las ideas están fuera del alcance de su protección pues son de dominio público de la humanidad y, por lo tanto, no susceptibles de apropiación individual. Las obras científicas no están protegidas por los derechos de autor en cuanto a los hechos que en ellas se describan, provengan directamente de la tecnología, de la ciencia o de la historia. En este principio se basó cierta parte de la doctrina que se opuso a brindar la protección por esta vía, en cuanto que los programas no eran la expresión de una idea, sino la idea misma, registrada en códigos inteligibles por las máquinas.

El algoritmo que está contenido en los orígenes del programa es desarrollado y este desarrollo es lo que luego es protegido. No obstante, los algoritmos en sí no son protegidos por los derechos de autor. En cambio, los diagramas de flujo pueden ser protegidos por los derechos de autor en forma similar a como lo son los planos.

En este sistema son protegidos los elementos que derivan de la obra, como sus traducciones, resúmenes y toda otra adaptación que conserve las características del trabajo original. En el caso de los programas del procesador de datos, sus elementos abstractos, los principios matemáticos y las reglas (llamados algoritmos) no son protegidos; sin embargo, cuando estos elementos están incorporados al programa y contribuyen a darle su característica, al ser protegido el programa, ellos también quedan protegidos. El uso de algoritmos, como tales, para crear un programa es libre y dos programas creados independientemente que usen el mismo algoritmo no serán sustancialmente iguales.

Se buscó una razón para oponer la protección por los derechos de autor en que faltaría el elemento de personalidad y originalidad que es exigido en la creación intelectual, en cuanto se refiere a la combinación de los elementos que expresan la idea, pues los métodos de programación y los lenguajes imponen al autor una lógica de carácter coactivo y una expresión obligatoria. La observación del método lógico de planear un programa permite ver que no se halla constreñido por limitaciones tales como las referidas. El hecho de respetar ciertas reglas y la utilización de un tipo de lenguaje no hace distinta la creación de programas de la producción de otro tipo de obras.

En el caso de un programa de procesador de datos, no sólo se infringe la protección por derechos de autor cuando se lo copia en forma textual, sino que la protección es extendida a las traducciones, resúmenes y todo otro uso derivado donde el programa protegido pueda ser reconocido como tal (B)(2)(262).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los derechos de autor no protegen la clase de aplicación, por ejemplo, en contabilidad, videojuego y otros; además tampoco está protegido por estos derechos el pliego de condiciones que contiene una descripción de funcionalidad hecha por el usuario y enviada al programador para que realice un programa específico.

Conclusiones sobre el amparo por los derechos de autor. Las legislaciones de varios países han incluido en forma expresa los programas del procesador de datos en la nómina de las obras protegidas por estos derechos de autor.

En muchos otros países la descripción del ámbito de tutela de la ley de protección por los derechos de autor es amplia, incluyendo ya sea "producción intelectual científica o artística", haciendo una larga enumeración de obras que se consideran alcanzadas y terminando con "toda producción del dominio de la inteligencia". En el caso de la República Argentina establece que la ley brinda amparo a todas "las obras científicas, literarias y artísticas", indicando que en ellas están comprendidos "los escritos de toda naturaleza y extensión". Luego da una enumeración ejemplificativa y termina "en fin: toda producción científica, literaria, artística o didáctica, sea cual fuere el procedimiento de reproducción".

La amplitud de definiciones de este tipo y la inclusión intencional en las legislaciones permiten considerar aceptable que el programa del procesador de datos esté comprendido en este tipo de leyes que brindan protección por derechos de autor.

El análisis de la labor de desarrollo y elaboración de un programa de procesador de datos permite comprobar que el programador ha volcado su impronta personal en él, en cuanto el esfuerzo intelectual está reflejado en el contenido y la forma. El hecho de que esté escrito en un lenguaje especial, para el procesador de datos, no obsta la circunstancia de la protección, pues cualquier lenguaje de programación contiene todos los elementos característicos: letras, figuras, caracteres y demás símbolos que constituyen los signos convencionales con los que se expresa el pensamiento.

El hecho de que el programa esté destinado a ser empleado en un procesador de datos es irrelevante desde el punto de vista de las leyes de protección por los derechos de autor; por lo tanto, esto no constituye obstáculo para brindar amparo por este sistema.

LA PROTECCIÓN POR LOS DERECHOS DE PATENTES DE INVENCIÓN

Las leyes de protección por patentes de invención, en general comprenden los descubrimientos o invenciones nuevas, los productos industriales nuevos, y toda aplicación nueva o medios conocidos para obtener un resultado o un producto industrial.

Es requisito, para que un bien sea protegido por las leyes de patentes de invención, su originalidad; que sea novedoso y que se encuentre dirigido a la industria. El programa de procesador de datos podrá ser protegido por el régimen de patentes de invención en cuanto estuviese dirigido a la obtención de resultados finales. Encuadrarlo dentro de una patente de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

invención fue una de las primeras formas que se intentó aplicar en algunos países.

La legislación de protección por derecho de patentes de invención fue rechazada por considerarse inadecuada en razón de que: "Las ideas y las teorías constituyen los instrumentos básicos de la ciencia y de la tecnología, y monopolizarlos por medio de una patente obstruiría el desarrollo de la ciencia y de las artes aplicadas, que es uno de los grandes motivos que inspiran la tutela en la mayor parte de las legislaciones y la razón de ser por la que la Constitución de los Estados Unidos reconoce la propiedad industrial. Por ello, lo que la jurisprudencia afirmó no fue que un programa no pudiera ser patentado, sino simplemente que no podía concederse una patente para el equivalente de una idea abstracta." Caso *Gottschalk & Benson and Talbot*.

Las exigencias de originalidad deberían ser cubiertas por el ingenio de su creador, de manera que el programa en su contenido no fuese obvio. La novedad se refiere a que el bien no haya tenido difusión ni en el propio país ni en el extranjero. El otro requisito que presenta el régimen de patentabilidad es que el invento sea posible llevarlo a cabo industrialmente. Frente a esto fue que se encontró que gran cantidad de programas no encuadran en la característica, aun cuando formen parte de una máquina destinada a la productividad, fue considerado que la que realiza la tarea productiva es la máquina; el programa representa el conjunto de instrucciones que ella debe realizar.

Mientras el programa sea considerado información, no le resulta aplicable el régimen legal de protección de patentes de invención. El derecho de patentes de invención permitiría proteger al sistema de programación básico que es utilizado en la fabricación del procesador de datos.

La Convención de Munich de 1973 expresamente excluyó del régimen de patentabilidad a los programas del procesador de datos y en igual forma se expresaron las leyes de Alemania en 1976, Francia, Inglaterra e Italia. Según la opinión de cierto sector doctrinario, al programador le faltaría la inventiva necesaria para obtener dicho privilegio. Otro sector de la doctrina se basa en la finalidad de la protección que brinda el régimen de patentes de invención, que no condice con la necesidad que tiene de protección el programa de procesador de datos.

El informe del IBI considera que un programa no es patentable porque:

1. No es considerado un producto en el sentido que lo sería un aparato o una sustancia, ni es un método, ni un proceso industrial.
2. Es sumamente complejo determinar la novedad o el grado de invento de un programa con respecto de otro.
3. Los programas carecen de carácter industrial.

Las leyes de patentes de invención únicamente satisfacen la protección en cuanto al uso del programa. Los conceptos e ideas expresados, en muchos casos, pueden no ser protegidos por los derechos de autor y, en cambio, pueden llegar a serlo por las leyes de patentes de invención.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En cuanto a la naturaleza del derecho de patentes de invención, se lo ha calificado como de propiedad o como un derecho intelectual. Se trataría de un bien inmaterial sobre el cual el derecho reconoce al inventor una propiedad limitada. Esta propiedad no tendría los caracteres del dominio que se entienden dentro del campo de los derechos reales. Sólo permite un monopolio de explotación por un tiempo determinado.

Existen informes de que varios tramitadores profesionales de patentes consiguieron en ciertos casos, en algunos países, patentes de invención para inventos que sustancialmente consisten en programas de procesador de datos. Esto indica que la posibilidad de proteger por vía de patentabilidad los programas, a pesar del disfavor que cuenta, no se encuentra negada en forma rotunda.

El sistema de protección por patentes de invención es criticado en los países en desarrollo desde un ángulo político, en cuanto existe la idea que este sistema ha sido ideado en beneficio e interés de los países industrializados y desarrollados, que no se logra por causa de él una verdadera transferencia de tecnología. El enfoque de la crítica a esta protección que realizan los países de economías socialistas se encuadra en el sistema en sí, en cuanto éste otorga, a quien ha producido un invento, una recompensa económica y, a la vez, un reconocimiento moral, con más el derecho exclusivo a la explotación, elementos repugnantes a estos sistemas político-económicos.

Es también criticado este sistema de protección en cuanto da derechos que son limitadores de la libre competencia y que, a la vez, atentarían contra el desarrollo económico.

Esta protección constituye un elemento idóneo e indispensable en cuanto su aplicación esté correcta y adecuadamente dirigida. No requiere en sí una revisión fundamental frente a los nuevos desarrollos tecnológicos sino su encuadre dentro del ámbito para el que fue desarrollada, permitiendo despertar y estimular las iniciativas creativas y respetando, en el grado adecuado, los derechos a que se haya hecho acreedor el creador. Esto no se limita a fomentar la disposición a la inversión sino que asiste a la divulgación y aplicación del conocimiento científico. Este sistema será provechoso en tanto y en cuanto las patentes de invención concedidas sean aprovechadas, siempre dentro de los límites de prudencia y racionalidad que permitan obtener los resultados buscados.

Conclusiones sobre el amparo como invención. Deben diferenciarse el programa que constituye una parte integrante de una invención y, por la otra, el programa independiente. El "programa independiente" no es calificable como invención en cuanto no encuadra en ninguno de los tipos en que las invenciones pueden clasificarse: producto, sustancia, aparato o proceso industrial. Pretender considerarlo un producto, sustancia o aparato sería confundirlo con el medio material en el que está soportado, la cinta magnética, el disco, etcétera. En general, tampoco se lo puede identificar con un proceso industrial pues, aunque pueda producir cambios físicos o químicos en el procesador de datos, en la realidad configura simplemente una información que es distinta de las informaciones que constituyen el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

material que el programa transforma. Estos programas parten de algoritmos (solución abstracta, lógico-matemática de un problema realizado por un número de pasos a ser llevados a cabo) que constituyen una elaboración intelectual, y la jurisprudencia ha establecido en diversas oportunidades que estos programas no alcanzan la protección de la patente (Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, caso *Gottschalk v. Benson and Talbot*, 20 de noviembre de 1972, y caso *Parker y Flook*, 22 de junio de 1978). Las ideas y teorías constituyen los instrumentos básicos de la ciencia y de la tecnología, y la patente monopolizaría su dominio, obstruyendo el desarrollo científico. Cabe agregar que la legislación de patentes reclama un grado de novedad y carácter industrial que difícilmente pueda ser alcanzado por los programas de carácter independiente. Además, las instrucciones que lo conforman no implican la utilización de fuerzas de la naturaleza que tiendan a producir directamente un resultado material y concreto.

De esto puede concluirse que los programas del procesador de datos de carácter independiente en general no son susceptibles de amparo bajo el régimen de patentes de invención.

En un carácter diferente pueden encontrarse los programas generalmente denominados microprogramas y los destinados a un proceso industrial específico. Estos sí pueden constituir parte de una invención, tal como ocurre al integrar un nuevo procesador. En este caso conforman un elemento más de la reivindicación.

LA PROTECCIÓN POR LOS CONTRATOS

Gran parte de las relaciones en el campo de los programas del procesador de datos están regidos por la legislación de carácter particular que establecen los contratos. Existe amplia variedad de contratos con una gama muy elevada de condiciones diferentes. Así se encuentran los contratos que establecen las relaciones jurídicas con respecto al autor y a terceros, entre ellos tenemos:

1. Licencias de uso.
2. Provisión de sistemas a crearse.
3. Provisión de sistemas creados.
4. Licencias de distribución.
5. Contratos de "Beta test".
6. Contratos de evaluación.

Con respecto a los que están dirigidos a su función:

1. La relación entre coautores.
2. Empleados programadores o analistas.
3. Analistas o programadores independientes.
4. Autor del programa y colaboradores o asociados.
5. Escritores de manuales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Al observar estos contratos se puede notar similitud con los que son usados en el terreno de la propiedad intelectual, en cuanto el autor conserva todos los derechos que no hayan sido expresamente cedidos. Además, en el caso de la cesión se deja indicado expresamente los actos de los que debe abstenerse el tercero.

Dentro de las cláusulas más comunes se encuentran las que comprometen la reserva de los secretos de los derechos de autor que el tercero pudiera conocer, la documentación a librarse y a ser entregada y la recepción de la obra terminada, la limitación en el uso del programa en cuanto a lugares o procesadores de datos, la exclusividad o no de la licencia, límites y garantías de responsabilidades, cálculo y pago de regalías.

Con la aparición de los microprocesadores de datos y la nueva modalidad de su comercialización han aparecido cláusulas de adhesión por las que la firma de un contrato o la apertura del sobre que contiene el programa obligan al usuario.

LA PROTECCIÓN DEL SECRETO COMERCIAL

El secreto comercial implica "toda cosa y todo hecho importante para el ejercicio de una profesión que la empresa tiene interés en ocultar y que le pertenece como individual".

Toda información que se refiera a la creación y al desarrollo de los programas del procesador de datos puede constituir "información confidencial". Este secreto comercial ha sido considerado como institución de la propiedad, pero, no obstante esta posición, aunque una información o conocimiento carezca de aptitud para ser patentable, puede ser protegido como secreto comercial.

Para constituir un secreto protegible debe:

1. Hallarse fuera del conocimiento común, no haber sido divulgado ni aun por el propietario.
2. Ser una creación individualizada y expresada a través de una forma concreta.

La falta de protección del secreto puede ocasionar un daño irreparable, pues este secreto, cuando es conocido por otros, puede beneficiarlos y no se podrá devolver las cosas a su estado original; por lo tanto, se perderá el derecho.

En los programas del procesador de datos, esta protección se realiza a través de los contratos y la generación de obligaciones delictuales o cuasidelictuales correspondientes al derecho común. Las legislaciones penales en general sancionan las violaciones de los secretos conocidos con motivo de una relación profesional que originó la confidencialidad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA PROTECCIÓN POR COMPETENCIA DESLEAL

Esta protección históricamente ha estado muy relacionada con la protección de los derechos de autor.

La empresa que toma un programa creado por otra empresa y lo reproduce, incorporándolo, a la vez, en la propia memoria interna de un procesador de datos, está realizando actos que jurídicamente encuadran dentro de la competencia desleal. Estos actos encuentran su contenido en la actividad del competidor que usa un bien en forma desleal hacia la empresa contra la que compete, cuyo derecho no le pertenece y por el cual no está autorizado.

Esta protección es un recurso para ser usado generalmente por empresas en tanto y en cuanto las otras protecciones no alcancen o no se manifiesten en la necesidad de la tutela a ser ejercida.

EL DERECHO DE USO

Han existido propuestas de establecer un nuevo "derecho de uso" referente al programa del procesador de datos. Entre ellas se puede citar la del MITI de Japón. Este derecho se pretende justificar alegando que el valor económico de los programas existe únicamente cuando ellos son utilizados, oponiendo de esta forma este derecho a la protección por los derechos de autor. En el contexto de la propiedad industrial y patentes de invención, que involucran ideas y conceptos, no tiene sentido establecer el derecho exclusivo de uso de una invención.

Esta nueva garantía de derecho exclusivo de uso fue realizada con el propósito de clasificar los programas del procesador de datos como propiedad industrial, para ser usada, además, justificando conceptos restrictivos tales como los de licencia compulsoria.

TUTELA POR UNA LEY ESPECIAL

El marco brindado por las leyes de protección de los derechos de autor, de secreto comercial, de patentes, de competencia desleal y por los regímenes contractuales y el marco del restante sistema jurídico vigente concordante, por el momento es adecuado. Sin embargo, se ha enfocado la necesidad de establecer un régimen especial que cubra la protección para los casos que sea necesario aplicar la protección por patentes de invención y además que contenga un registro especial de los autores de programas de procesadores de datos, en el que se abreviasen los plazos de protección existentes en la actual ley de derechos de autor. Los argumentos esgrimidos, por el momento, hacen que no se encuentre necesaria una protección diferente de la que brinda este sistema ya existente. A este respecto, en el ámbito de las ideas nuevas que integren un invento, las leyes de patentes de invención cubren la protección necesaria, distinta de la brindada por las leyes de los derechos de autor. En cuanto a la compulsoriedad de la inscripción en registros y el licenciamiento, esto tampoco ha sido visto como un complemento necesario cuando se aplica a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

la tutela de los derechos de autor, la que describe las ideas como libremente disponibles. No obstante, llegado el momento que la realidad marcara una necesidad de creación de un registro, en cuanto esto constituye una actividad de tipo administrativo, puede ser implementado en forma independiente de la naturaleza de protección jurídica a brindar a los programas del procesador de datos. Abreviar los términos de protección de los programas del procesador de datos no se justifica, ya que la doctrina en su mayoría y los propios productores consideran que un amplio margen de protección garantiza un adecuado tratamiento internacional por los convenios a los que los países están adheridos.

LA POSICIÓN JURÍDICA

Los juristas deben adoptar una posición prudente, la que está caracterizada en ubicar cada nuevo problema, de acuerdo con los principios ya existentes dentro del sistema jurídico vigente, teniendo en vista la continuidad necesaria del derecho. El derecho mantiene su relación en forma interactiva con la sociedad, la que le transmite las necesidades de la comunidad para que se dispongan las reglas que permitan satisfacerlas. El derecho está constituido por todo aquello que va más allá de la ley escrita como tal; pero debe tenerse en cuenta que las separaciones que de él se hacen obedecen a cuestiones técnicas o didácticas únicamente. El derecho en sí es uno solo e inescindible.

El derecho evoluciona en forma gradual, característica propia de los sistemas normativos que no pueden admitir lagunas ni rupturas en su consistencia interna. Se deben conciliar las nuevas exigencias de la vivencia práctica con la seguridad y la certeza de la disciplina legal, adaptando las instituciones existentes a las nuevas funciones. Estas necesidades sociales y económicas que emergen, cuando le son satisfechos los requerimientos con los institutos jurídicos tradicionales, se ofrece a la nueva materia una solución conocida y segura. No es conveniente dictar normas anticipando hechos que están en la fantasía, sino que se debe obrar respecto de los hechos que están en la realidad de la vida social; de otra manera se originarán conflictos. Esta continuidad jurídica hace que con su inercia se encuadren en la disciplina jurídica conocida, preservando una continuidad del desarrollo histórico del derecho sin ruptura ni lagunas. La inercia jurídica hace que su evolución sea lenta y gradual, sin abandonar viejas disciplinas, y permitirá a la nueva función encuadrar en las estructuras existentes.

Mientras que gran parte de la doctrina afirma que la protección jurídica de los programas del procesador de datos puede ser realizada mediante la aplicación de institutos jurídicos existentes, otro sector de la doctrina debate sobre la necesidad de la creación de una ley especial para proteger este nuevo bien, que pueda operar autónomamente o en relación y con referencia a instituciones jurídicas existentes.

El problema resulta complejo en su discusión, dada la circunstancia de que los autores ingresan al debate las necesidades de tutela político-económica

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de carácter nacional y las necesidades de protección y transferencia tecnológica que enfocan diferentes países.

En sus comienzos, el desarrollo de la materia hizo que se enfocaran los elementos con una lógica racional primaria, que llevó a decisiones jurídicas controvertidas y a una prudente actitud legislativa. En el primer período surgió el programa del procesador de datos como una parte de la máquina que por su mismo fundamento no requería una protección por derechos intelectuales.

Fue necesario que la realidad histórica tuviese realización en el desarrollo del bien, y en consecuencia se produjo el impacto económico que permitió configurarse el interés por la tutela.

Algunos autores captan, de la realidad, la necesidad de protección; no obstante, insisten que tratándose de actos jurídicos relativos a un bien con elevado impacto político-económico, los efectos que puedan advenir se conectan en sí mismos en cuanto constituyen un diverso acto jurídico. Este modo de discurrir inclina hacia el riesgo jurídico. El acto debe entenderse como tal. Cuesta comprender por qué las consecuencias que puedan producirse, conforme al ordenamiento vigente, deban atribuir efectos en otro tipo de negocio jurídico que no está contemplado aún. El riesgo jurídico resulta estructurado por el derecho objetivo existente o dentro de las pautas que él determina; por lo que no es concebible la alusión de la relación que se hace del negocio al bien en especial.

EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Conceptos en juego. Las controversias en el campo de los programas del procesador de datos pueden desarrollarse tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En este último caso se entra en el terreno del derecho privado internacional.

Las situaciones que se susciten respecto a esta materia pueden pertenecer, de acuerdo con los elementos que los compongan, a un país o a otro o a varios a la vez; por tanto, el tratamiento debe tener en cuenta esta pertenencia basado en que la justicia exige el respeto al carácter extranjero de un caso.

El análisis del tema debe eliminar todo anhelo chauvinista de anexionar los casos que llegan a la esfera de influencia, en cualquiera de sus formas, ya sea por "secuestro", tomando el caso de extranjería y desintegrando las relaciones jurídicas que puedan ser consideradas como únicas, si hubiesen estado en el propio país, quitándole contenidos que se suponen que hubiesen hecho otros países o si no por "maniobra fraudulenta", que estaría dada por quienes, informados sobre el derecho más conveniente de un país, establezcan en él la sede de sus actos jurídicos, llegándose así al punto en que los protagonistas transformen la norma indirecta en aquellos puntos de conexión que el legislador dejó sin prever como negocio jurídico de tal tipo.

En virtud de la comunidad jurídica existente entre los Estados, éstos deben adoptar sistemas resolutorios de conflictos que garanticen el respeto al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

elemento extranjero.

Efectos en el campo internacional. Por medio del teleprocesamiento, un mismo programa sirve a terminales ubicadas en diferentes países, lo que, sumado a la comercialización de los programas del procesador de datos a nivel mundial, agrega otro enfoque al problema, aumentando la posibilidad de conflictos que van más allá de la legislación nacional, por lo que se impone al jurista la necesidad de considerar la situación en su aspecto internacional.

Los bienes materiales (ya sean de carácter mueble o inmueble) son de fácil custodia, basada en especial en su posesión física; pero los bienes inmateriales resultan de fácil apropiación por otras personas en cuanto es más difícil su custodia material.

En el derecho internacional, en general, los bienes inmuebles forman parte del territorio de las naciones sometidas al derecho del país en que se encuentran ubicados. En cambio, cuando los bienes muebles trasponen las fronteras pueden quedar sometidos a la ley de ese otro país. En esto se observa la existencia de la voluntad del propietario de consentir la salida del territorio. Pero los derechos inmateriales de carácter intelectual se encuentran, en general, sometidos a derechos extranjeros, sin que llegue, a veces a mediar el consentimiento ni la voluntad de sus propietarios. Así, tenemos en nuestro caso que un programa de procesador de datos realizado en un país y copiado en otro se puede ver regulado en sus derechos en el país donde se efectuó la reproducción ilícita y no por las leyes del país donde fue confeccionado el programa.

LA POSICIÓN DEL BIEN EN EL MARCO JURÍDICO

Las leyes de protección de los derechos de autor, para protección de patentes, de marcas, etcétera, o las leyes especiales para programas que se han creado en algunos países, cada una no son por sí el lugar correcto de protección del bien programa del procesador de datos. Al expresar esto quiero significar que cada una de ellas no constituye por sí misma el marco, en el sentido geográfico, sino que me refiero al carácter de unicidad bajo el que pretende protegerse al bien. Algunos países han adaptado sus sistemas jurídicos de protección de los derechos de autor con la intención de encuadrar dentro de estas leyes toda protección a los programas. Otros lo han hecho creando leyes especiales al efecto. Todos han procedido respondiendo en forma rápida a las demandas que se presentaron; pero este bien, al igual que otros, contiene muchos intereses jurídicos que no son respondidos por estas leyes en forma integral.

El advenimiento de este nuevo bien, perteneciente a la creatividad intelectual y consecuencia del desarrollo tecnológico de los procesadores de datos, nos presenta, en conjunto, un cuerpo de intereses jurídicos que reclaman protección, para los que los cuerpos legales vigentes tienen respuesta en la casi totalidad de los casos.

En muy elevado número de casos la simple protección contractual así como la que brindan las leyes para proteger los derechos de autor ha sido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suficiente; pero en otras situaciones nos enfrentamos a intereses criminosos, de patentes de invención, de violaciones de secretos comerciales, de conflictos internacionales y demás, cuyo contenido es cubierto por leyes ya creadas ad hoc, en forma completa, sin necesidad de acudir a la interpretación o temiendo enfrentar una laguna jurídica.

LA FORMA DE BRINDAR LA PROTECCIÓN JURÍDICA A LOS PROGRAMAS DEL PROCESADOR DE DATOS

El análisis de la jurisprudencia nos muestra que la mayoría de los casos, hasta ahora presentados, fue resuelto en forma completa dentro del marco de la protección de los derechos de autor. La doctrina, en su carácter analítico y previsor, logró vislumbrar las formas delictivas criminosas, las de posibles violaciones de patentes, las de conflictos internacionales y demás, las que en todos o casi todos los casos encuadran dentro de los marcos tipificados en las leyes y en tratados internacionales vigentes. La legislación analizada, en conjunto con la posición doctrinaria, permite ver que en ciertos países fue modificada la ley de derechos de autor para mencionar este bien como tipificado dentro de su marco jurídico. En otros casos se intentó un esbozo similar de hacerlo con la ley de patentes, y en algunos casos se dictó o se pretende dictar una ley especial, que contiene lo ya mencionado en otras leyes o hace remisión a ellas.

El avance tecnológico es constante; los nuevos bienes han ido apareciendo en los últimos tiempos en forma casi vertiginosa. En cuanto a los bienes que se refieren a la propiedad intelectual, tenemos la fonografía, la radiotelefonía, las comunicaciones, la cinematografía, la televisión, entre los muchos que se pueden citar, pero no se ha pretendido, en general, encuadrarlos en forma unívoca dentro de una ley ya existente o crear una ley ómnibus que prevea toda su protección. Tan sólo se han dictado nuevas leyes cuando ciertos aspectos jurídicos, originados por los intereses del bien, aparecían como no encuadrables dentro del cuerpo legislativo vigente. Siempre se procuró mantener un respeto a las figuras ya tipificadas; de otra forma hubiese sido abrumador el caudal jurídico creado, con repetición de normas y sin una necesidad justificable.

La evolución del derecho nos marca una necesaria continuidad, que debe ser lenta y gradual, evitando lagunas, faltas de conexidad o la ruptura en su consistencia interna en cuanto a su lógica o a su organización. Se debe actuar con prudencia de manera de adecuar cada solución brindada a los nuevos problemas con los principios del sistema jurídico existente, manteniendo la continuidad del derecho.

La pretensión de un encuadre forzado no permite el logro de los efectos jurídicos o de los fines tutelados en el derecho y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas serán impuestas prescindiendo del sentido de la voluntad interesada. Consagrar el principio de regulación del bien jurídicamente dentro de un solo y predeterminado sistema jurídico, considerándolo en un todo único e íntegro, y regular todos los actos que se refieran a él por ese especial sistema abre el riesgo de la imperfección,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vulnerando el respeto de las voluntades interesadas.

El primer punto que debe tomarse en cuenta es el interés jurídico reclamado, en cuanto este interés encuadre en el derecho vigente. Deben aplicarse las normas jurídicas existentes en favor de una adecuada, equitativa y justa aplicación de derecho. Pretender encuadrarlo en forma forzada no permite el logro de los efectos jurídicos o de los fines tutelados en el derecho. Las consecuencias jurídicas serían impuestas con prescindencia del sentido de la voluntad interesada, acarreándose los perjuicios que provoca la diferencia entre los supuestos del esquema normativo y el acto realizado.

No deben escatimarse esfuerzos en lograr ubicar el interés jurídico reclamado dentro de cualquiera de todas las formas legales ya existentes, de otra manera se puede caer en la innecesaria interpretación propia del derecho.

En cuanto este bien jurídico se ajuste al modelo normativo ya creado, estamos constituyendo su encuadre "perfecto". Si no se llegase a este encuadre perfecto, no ha de constituir argumento el planteamiento contrario, por el que la laguna jurídica impida la consecuencia de esa conducta.

Las figuras que se muestren como no integrativas al sistema vigente, así como los intereses que caigan fuera de lo anteriormente expresado, deben ser agrupados, si encuadran dentro de un cuerpo legal ya existente; pero como variante de las figuras existentes o necesarias de adaptar, es decir, proceder a legislar específicamente en ellas sólo en esas circunstancias y modificando el cuerpo legal únicamente en aquello que fuese necesario.

Cuando existan intereses de tipo político, social o económico que las instituciones deseen proteger bajo las exigencias de las valoraciones superiores, como pueden ser las del patrón del orden público, necesidades de estado, moralidad, etcétera, que en su conjunto autorizan a variar el plexo normativo de manera de proyectar efectos diferentes en el acto, entonces proceder a dictar leyes ad hoc, con vigencia temporal, mientras estos intereses estén en juego, de manera de no interferir *longo tempore* en la naturaleza pura del derecho que se protege ni más allá de lo necesario.

Evitar encuadrar el bien jurídico únicamente dentro de una ley, ya sea existente o a ser creada, en bien de permitir la máxima protección al mayor número de intereses reclamados, ya sea por las leyes existentes o los tratados ratificados. Crear una nueva ley únicamente cuando la necesidad lo justifique y después de haber agotado las etapas anteriores.

Por lo tanto, consagrar el principio de la regulación del bien jurídicamente dentro de un solo y predeterminado sistema jurídico considerándolo en un todo único e íntegro, y regular todos los actos que se refieran a él por ese especial sistema, abre el riesgo de la imperfección y no respeta las voluntades interesadas.

El dictado de leyes especiales puede sacar al país que lo haga de las protecciones ya acordadas por convenciones internacionales. Con ello las voluntades de muchos productores de programas para procesadores de datos pueden verse que, en el ámbito internacional no se encuentran igualmente amparadas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) La reproducción, impresión escrita o visible en cualquier otra forma por el