UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

POSTGRADO MAESTRIA EN DERECHO EMPRESARIAL

TEMA: EL SOFTWARE COMO DERECHO DE AUTOR

AUTORES:
DR. JULIO MAURICIO BARROS UGUÑA
DR. PABLO XAVIER VARGAS RIVAS

DIRECTOR: DR. FRANCISCO VILLACRESES

LOJA, 2009

DECLARACIÓN DE AUTORIA

"Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de sus autores"

Dr. Mauricio Barros Uguña _____

Dr. Pablo Vargas Rivas _____

CESION DE DERECHOS DE TESIS

"Nosotros, Dr. Mauricio Barros Uguña y Dr. Pablo Vargas Rivas, declaramos conocer y aceptar las disposiciones del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice "Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad".

Dr. Mauricio Barros Uguña _____

Dr. Pablo Vargas Rivas _____

Dr. Francisco Villacreses
DOCENTE DIRECTOR DE LA TESIS

CERTIFICA.

Que el presente trabajo de investigación realizado por los estudiantes señores: Dr. Mauricio Barros Uguña y Dr. Pablo Vargas Rivas, ha sido cuidadosamente revisado por el suscrito, por lo que he podido constatar que cumple con todos los requisitos de fondo y de forma establecidos por la Universidad Técnica Particular de Loja por lo que autorizo su presentación.

Loja, Febrero de 2009.

_____

Dr. Francisco Villacreses.

Agradecimiento

Mi agradecimiento al Dr. Francisco Villacreses por su tutela y orientación en el presente trabajo y mi gratitud fraterna a mi amigo y compañero Dr. Pablo Vargas Rivas, con quien diariamente labramos nuestra piedra en la cantera de la vida, por todo su apoyo en la búsqueda de nuestro ideal.

_____

Dr. Mauricio Barros Uguña

Agradecimiento

Mis agradecimientos a la Universidad Técnica Particular de Loja, a la planta de docentes de la Maestría en Derecho Empresarial y en especial al Dr. Francisco Villacreses, Director de esta Tesis, por habernos enriquecido con sus enseñanzas transmitidas a nosotros en este Postgrado.

_____

Dr. Pablo Vargas Rivas

Dedicatoria

A Nancy, Camila y Agustín, mi principio y mi fin, mi felicidad y mi luz.

_____

Dr. Mauricio Barros Uguña

Dedicatoria

Dedico esta Tesis al Principio Creador, que gracias a la segunda oportunidad recibida, permitió que continúe presente en este mundo tratando de encontrar mi razón de ser.

_____

Dr. Pablo Vargas Rivas

ESQUEMA DE CONTENIDOS

CAPITULO I:
EL SOFTWARE

1.1. Definición
1.2.- Elementos del software
1.3.- Clases
1.4.- Código fuente y Código objeto

CAPITULO II:
LOS DERECHOS DE AUTOR

2.1.- Concepto
2.2.- Antecedentes históricos
2.3.- El Derecho de Autor como Derecho fundamental
2.4.- Clases de Derechos de Autor
2.5.- Protección de los Derechos de Autor
2.6.- Derechos conexos
2.7.- Infracciones a los Derechos de Autor
2.8.- El software como obra protegida por el Derecho de Autor

CAPITULO III:
PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

3.1.- Medios de protección del software en particular
3.1.1.- Derechos de Autor
3.1.2.- Derechos de patente
3.1.3.- El secreto industrial
3.1.4.- Diseños y modelos
3.2.- Protección jurídica del software en el Ecuador

CAPITULO IV:
EL SOFTWARE LIBRE

4.1.- definición de software libre
4.1.1.- Breve referencia histórica del software libre
4.2.- Libertades básicas del software libre
4.3.- Motivaciones del software libre
4.4.- El copyright y el copyleft
4.5.- Derechos de autor, licencias y software libre
4.5.1.- Software propietario
4.5.1.1.- Licencia propietaria
4.5.2.- Licencia libre
4.5.3.- Licencia pública general (GPL)
4.5.4.- Licencia BSD
4.5.5.- Licencia estilo MPL (Mozilla Public License) y derivadas
4.5.6.- Licencia de uso

CAPITULO V:
LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DE LAS NUEVAS FIGURAS DEL SOFTWARE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

5.1.- consideraciones sobre el avance de la tecnología y su relación con el Derecho

5.2.- El software libre y su inclusión en la legislación actual

5.3.- Tendencias a nivel mundial acerca de la patentabilidad del software

5.3.1.- Argumentos a favor

5.3.2.- Argumentos en contra

5.4.- Piratería del software

5.5.- Derechos de autor en Internet

RESUMEN DEL CONTENIDO DE LA TESIS.

La Tesis propuesta “El Software como Derecho de Autor” constituye un trabajo de investigación en donde pretende dilucidar y aclarar los conceptos y relación entre los programas de computo, llamados por su nombre en inglés, Software, en relación con la doctrina y normas jurídicas sobre Derecho de Autor.

En el primer capitulo, se hace un análisis de carácter general sobre el software, sin considerar todavía aspectos de índole legal, debido a que se pretende estudiar y analizar los conceptos que posteriormente serán considerados desde una óptica legal. Así, se analiza que es el software, sus elementos y clases, para terminar analizando un aspecto de suma trascendencia en el estudio posterior como es la definición de código fuente y código objeto.

En el segundo capítulo procedemos a tocar un tema netamente jurídico, como constituye el Derecho de Autor, procediendo a analizar su concepto, en forma breve analizamos sus referencias históricas, para continuar analizándolo desde la óptica de considerarlo como un Derecho fundamental.

Revisamos su clasificacion, las formas de protección y los derechos conexos así como las infracciones, para hacer una última consideración al relacionar este capitulo con el anterior, analizando el tema “El software como obra protegida por el Derecho de Autor”.

En el capítulo siguiente, analizamos el tema de la protección jurídica del software en el marco de los Derechos de Autor, acogiendo temas como los medios de protección del

software en particular y la protección jurídica del software en nuestro país.

En el capítulo cuarto nos introducimos al tema del software libre, como un aspecto importante dentro de la doctrina del software como derecho de autor, analizando su definición y referencias históricas, sus libertades fundamentales y motivaciones. Hacemos un análisis comparativo entre el copyright y el copyleft y finalizamos exponiendo otro comparativo entre el derecho de autor, las licencias y el software libre.

Como corolario de la tesis, en el capítulo quinto hacemos referencia a la necesidad de adaptación de las nuevas figuras del software en la legislación nacional, analizando las consideraciones sobre el avance de la tecnología y su relación el Derecho para estudiar al software libre y su inclusión en la legislación actual, las tendencias a nivel mundial sobre la patentabilidad del software, con sus respectivos argumentos a favor y en contra, la piratería del software y los derechos de autor.

INTRODUCCION

El Derecho y la Informática han tenido una relación que ha sido abordada desde sus primeros encuentros por los juristas, sobre todo por aquellos cientistas jurídicos que desde el primer momento que apreciar los cambios en la sociedad o en la tecnología, encuentran problemas y sobre todo aportan soluciones a lo que detectan.

Sin embargo, el desarrollo de la informática y sobre todo la velocidad con la que avanza hacen muy difícil que el Derecho se mantenga a la par de los cambios tecnológicos que se dan, razón por la que se ha considerado que existen muchos temas que todavía no han sido tratados en el tema de la relación entre el Derecho y la Informática.

Partiendo de lo expuesto, es nuestra intención la de procurar ofrecer los elementos básicos para que los estudiosos del tema que nos atañe, busquen soluciones más completas al problema de considerar al software como parte integrante del Derecho de Autor, ofreciendo contenidos que se encuentran acordes a nuestra realidad actual y ofreciendo posibles soluciones a los mismos.

CAPITULO I:
EL SOFTWARE

1.1.- Definición.

Es frecuente escuchar en nuestros días, términos como software, hardware, computadoras, programas, etc. que se han convertido en palabras de uso común y se han incorporado al léxico habitual de la gran mayoría de personas.

En este primer capítulo, y con el fin de introducirnos al tema que nos atañe en este trabajo de investigación, nos enfocaremos en el análisis del software.

Se dice que el software es un elemento indispensable en el funcionamiento de las computadoras. Se constituye por una serie de instrucciones y datos que nos permiten aprovechar todo el hardware, es decir, el equipo informático, de manera que pueda resolver gran cantidad de problemas.

Un computador, en sí, constituye tan solo un conjunto de componentes electrónicos, que sin el software no tendrían utilidad alguna, ya que el éste da vida a la computadora, al hacer que éstos componentes electrónicos funcionen ordenadamente.

Por lo que podemos decir, sin temor a equivocarnos y como una primera definición que el software es un conjunto de instrucciones detalladas que controlan la operación de un sistema informático.

Como concepto general, el software puede dividirse en varias categorías basadas en el tipo de trabajo realizado. Las dos categorías primarias de software son los sistemas operativos (software del sistema), que controlan los trabajos del ordenador o

computadora, y el software de aplicación, que dirige las distintas tareas para las que se utilizan las computadoras. Por lo tanto, el software del sistema procesa tareas tan esenciales, aunque a menudo invisibles, como el mantenimiento de los archivos del disco y la administración de la pantalla, mientras que el software de aplicación lleva a cabo tareas de tratamiento de textos, gestión de bases de datos y similares. Constituyen dos categorías separadas el software de red, que permite comunicarse a grupos de usuarios, y el software de lenguaje utilizado para escribir programas. [1]

Se puede apreciar que el software implica la gestión de la información desde varios niveles: desde el elemental, a través del control de sistema operativo, que hace funcionar propiamente al computador, hasta un nivel más elevado, visible y que puede ser utilizado por el usuario, como son los programas de aplicación, tales como word, excel, los programas antivirus, etc.

La Ley de Propiedad Intelectual define en su artículo 7 a los programas de ordenador o software como *"Toda secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un dispositivo de lectura automatizada, ordenador, o aparato electrónico o similar con capacidad de procesar información, para la realización de una función o tarea, u obtención de un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión o fijación. El programa de ordenador comprende también la documentación preparatoria, planes y diseños, la documentación técnica, y los manuales de uso."* [2]

La definición que nos trae la Ley de Propiedad Intelectual abarca como software a toda instrucción o indicación cuyo destino sea el uso en un dispositivo de lectura automatizada, ordenador o aparato electrónico o similar con capacidad de procesar información, es decir, no solo se remite al computador tal como lo conocemos, sino abarca a todo tipo de dispositivos, que hoy en día se encuentran al alcance de la

[1] Guerrero, Carlos. El Software. Artículo publicado en www.monografias.com/trabajos15/software/software.zip
[2] Ley de Propiedad Intelectual. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 426 del 28 de Diciembre de 2006.

mano de toda persona, hablemos por ejemplo, de teléfonos celulares, agendas electrónicas, algunos electrodomésticos de última generación e incluso vehículos, que tienen incorporados sistemas de computación para controlar su funcionamiento.

El legislador ha creído conveniente incluir en la definición de software a todos los documentos que se utilizaron para su creación, tanto en forma previa, como planes y diseños, así como la documentación técnica y los manuales de uso, protegiendo de esta forma, ampliamente, los derechos de autor de quienes crearon el programa.

La Decisión 351 del Acuerdo de Cartagena "Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos", define en su artículo 3 a los programas de ordenador o software, de la siguiente manera: *"Programa de ordenador (Software): Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador - un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones -, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso."* [3]

Las "Disposiciones Tipo para la protección de Soporte Lógico", documento elaborado por la Organización Mundial para la Propiedad Intelectual (OMPI), nos trae en su artículo 1 la siguiente definición de "programa de ordenador": "Conjunto de instrucciones que, una vez incorporado a un soporte legible por máquina puede hacer que una máquina capaz de procesar información indique, realice u obtenga una función, una tarea o un resultado específico". [4]

La Ley de Copyright de Estados Unidos, en una reforma introducida en el artículo 101

[3] Decisión del Acuerdo de Cartagena 351. Publicado en el Registro Oficial No. 266 del 25 de Enero de 1994.
[4] Disposiciones Tipo para la protección de soporte lógico. Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI).

del título 17, lo define como: “programa de computadora es un conjunto de afirmaciones, instrucciones para ser usadas directa o indirectamente en una computadora, con el fin de proporcionar un programa determinada”.

El Código Penal del Estado de California, Estados Unidos, en la parte 1, título 13, capítulo 5, artículo 502, numeral 3, define el software como el juego de instrucciones o declaraciones y datos relacionados que sirven como medios para procesar un programa real, o modificar su forma, dentro de una computadora, o sistema de computadora, o red de computadoras conectadas, para ejecutar funciones específicas.[5]

La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, en el año de 1983, propuso las siguientes definiciones de programas de computación:

1. Programa de computación es un conjunto apropiadamente elaborado de instrucciones capaces de dirigir, a las máquinas de manejo automático, de información para que realicen alguna función, de un modo específico.

2. Programa de computación (organizada, estructurada) de un conjunto (secuencia, combinación) de instrucciones (afirmaciones, órdenes) en cualquier lenguaje o anotación (de alto nivel, intermedio, o de ensamblaje, o de máquina) en cualquier medio (magnético, óptico, eléctrico, papel o en cintas, discos, chips, circuitos ROM, Firmware) apto para lograr que una computadora (directa o indirectamente con datos o sin ellos) o un robot (máquina de procesamiento de información) realice un trabajo (o ejecute una información específica).

El término "software" fue usado por primera vez por John W. Tukey en 1957.

[5] Rodríguez Coello, Aldo. “Protección Jurídica del Software”. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, marzo de 1997.

En sus inicios, el desarrollo de la Informática, estaba centrada en el desarrollo del hardware de las computadoras, con el fin de conseguir sistemas más eficientes en relación al costo de procesos y almacenamiento de datos.

A raíz de la década de 1960 se empezó a observar una mayor necesidad de desarrollar software, con la aparición de los sistemas de tercera generación, iniciando el despliegue de sistemas como la multiprogramación y el tiempo compartido.

Al desarrollar su complejidad, se empezó a demandar mayor cantidad de software, originando con ello la aparición de tecnologías más avanzadas con capacidad para iniciar sistemas interactivos, de multiusuarios, en línea, en tiempo real, apareciendo con ello nuevo software

Para el año 1968, luego de una reunión en Garmisch, Alemania Oriental, en donde se trataron aspectos técnicos y administrativos utilizados para el desarrollo y mantenimiento del software, surge por primera vez la expresión “Ingeniería del Software”.

1.2.- Elementos del software

Son elementos del software todos aquellos recursos desarrollados para un fin concreto y que pueden formar solo o junto con otros, un entorno funcional requerido por cualquier proceso predefinido. Gozan de independencia entre ellos y tienen su propia estructura e implementación.

Si por su naturaleza fueren propensos a la degradación, deben ser diseñados con métodos internos propios de actualización.

Estos elementos son intangibles.

1.3.- Clases.

El software para computadoras puede clasificarse en general en dos clases: los programas de sistema, que controlan la operación de la computadora en si y los programas de aplicación, los cuales resuelven problemas para sus usuarios. El programa fundamental de todos los programas de sistema es el sistema operativo (SO), que controla todos los recursos de la computadora y proporciona la base sobre la cual pueden escribirse los programas de aplicación. En conclusión, el software se divide en:

1.– SOFTWARE BÁSICO O DE SISTEMA.

Conjunto de programas imprescindibles para el funcionamiento del sistema.

2.– SOFTWARE DE APLICACIÓN.

Conjunto de programas que van a ser utilizados por el usuario para realizar una determinada tarea.

Otro criterio sostiene que el software puede distinguirse en tres categorías: software de sistema, software de programación y aplicación de software. De todas maneras esta distinción es arbitraria y muchas veces un software puede caer en varias categorías:

- **Software de sistema:** ayuda a funcionar al hardware y a la computadora. Incluye el sistema operativo, controladores de dispositivos, herramientas de diagnóstico, servidores, sistema de ventanas, utilidades y más. Su propósito es evitar lo más posible los detalles complejos de la computación, especialmente la memoria y el hardware.

- **Software de programación:** provee herramientas de asistencia al programador. Incluye editores de texto, compiladores, interprete de instrucciones, enlazadores, debuggers, etc.

- **Software de aplicación:** permite a los usuarios finales hacer determinadas tareas. Algunos software de aplicación son los navegadores, editores de texto, editores gráficos, antivirus, mensajeros, etc.

El software se crea a través de la programación.

El software puede clasificarse según su licencia o forma de distribución en :

1. Adware.- Un programa adware es cualquier programa que automáticamente se ejecuta, muestra o baja publicidad al computador después de instalado el programa o mientras se está utilizando la aplicación.

   Algunos programas adware han sido criticados porque ocasionalmente incluyen código que realiza un seguimiento de información personal del usuario y la pasa a terceras entidades, sin la autorización o el conocimiento del usuario. Esta práctica se conoce como spyware, y ha provocado críticas de los expertos de seguridad y los defensores de la privacidad, incluyendo el Electronic Privacy Information . [6]

2. Beerware. (Beer = cerveza, ware = software). Beerware es un término en broma utilizado para designar aquellas aplicaciones que pueden ser "compradas" si se le compra una cerveza a su autor (o, en otra variante, se bebe una cerveza en nombre de este).

[6] www.wikipedia.com

El término posiblemente fue inventado por John Bristor de Florida en 1987. [7]

3. Careware. (charityware, helpware, goodware - software de caridad, de ayuda o de bien). Careware es una forma de distribución de software que beneficia una entidad de caridad. Algunos careware son distribuidos gratuitamente y el autor sugiere que se done dinero a una caridad mencionada.

   Por ejemplo, el editor de textos "vim" es un software libre, pero incluye un pedido de su autor para que sus usuarios donen dinero a una institución de ayuda de víctimas de SIDA en Uganda. Otro ejemplo actual es la aplicación MJs CD Archiver, un archivador de ficheros que sugiere una caridad a NACEF.

   Una variante del careware es el donateware, que posee una definición más estricta que el careware.

   La primera vez que se utilizó este concepto fue en el año 1988 por Al Stevens, quien publicaba una columna sobre programación en donde pedía que envíen un dólar por correo a una entidad de caridad para mandarles una copia de un programa que realizaba. [8]

4. Crippleware. Es un software “lisiado”, es decir, un software de libre distribución con limitaciones en su funcionamiento.

5. Donationware. Son programas completamente funcionales, cuya licencia sugiere a quien los utilice, que haga una donación al autor para sufragar los gastos de desarrollo del programa o a alguna organización. Se diferencia del freeware por cuanto la donación suele ser opcional.

[7] www.alegsa.com.ar/dic/beerware.php
[8] www.alegsa.com.ar/dic/careware.php

6. Donateware. Es una forma de distribución de un software, que se distribuye como freeware, pero estipula que el usuario haga una donación a una causa de caridad (generalmente especificada por el autor del programa) para poder "registrar" el programa.

Por lo general, el autor del programa no puede verificar si la donación se ha concretado, pero la idea es que el programa recuerde a sus usuarios sobre la caridad.

Esta forma de distribución de software es poco común. Uno de los primeros programas donateware fue Screenpeace, un salvapantallas para Windows 3.0, sugiriendo donaciones a Greenpeace.

Una forma de distribución similar es el donationware, donde el programa sugiere que se done dinero al programador por el esfuerzo realizado.

7. Freeware, término que no tiene una definición clara y aceptada pero que se utiliza comúnmente para referirse a los programas que se pueden distribuir pero no modificar, por cuanto su código fuente no está disponible. El Freeware es gratuito, pero no constituye software libre, por lo tanto, no debe ser confundido con el software libre.

8. Greenware. Es un tipo de licencia de software que provee al usuario el derecho de usar un programa en particular, si hace algún esfuerzo para ayudar al medio ambiente. La licencia suele sugerir lo siguiente:
    - Usar sólo papel reciclado de computadora.
    - Reciclar el papel de computadora luego de usarlo.
    - Usar el transporte público.
    - Reemplazar el auto de 8 cilindros a uno de 4 cilindros.

- Apoyar a Greenpeace.
- Dejar de fumar.
- Usar bicicleta para ir al trabajo o a la escuela.
- No comprar productos dañinos al ambiente.
- Reciclar sus latas.
- Rehusar las bolsas de plástico, etc. [9]

9. Malware. **Malware** (del inglés ***mal**icious soft**ware***, también llamado **badware**, **software malicioso** o **software malintencionado**) es un software que tiene como objetivo infiltrarse en o dañar un ordenador sin el conocimiento de su dueño y con finalidades muy diversas ya que en esta categoría encontramos desde un troyano hasta un spyware..

   Esta expresión es un término general muy utilizado por profesionales de la computación para definir una variedad de software o programas de códigos hostiles e intrusivos. Muchos usuarios de computadores no están aún familiarizados con este término y otros incluso nunca lo han utilizado. Sin embargo la expresión "virus informático" es más utilizada en el lenguaje cotidiano y a menudo en los medios de comunicación para describir todos los tipos de malware. Se debe considerar que el ataque a la vulnerabilidad por malware, puede ser a una aplicación, una computadora, un sistema operativo o una red.[10]

10. Nagware. Los programas clasificados como Nagware son los que se distribuyen gratuitamente, pero incluyen publicidad al momento de utilizarlos. Este modelo nació con furor hace unos dos años cuando el modelo de negocios en Internet era enteramente publicitario. Hoy con la disminución ostensible de la publicidad pagada, este tipo de aplicaciones están en decadencia, con la esperanza de

[9] www.alegsa.com.ar/dic/greenware.php
[10] www.wikipedia.com

volver a surgir cuando el modelo de publicidad tome fuerza de nuevo. Ejemplos abundan como el ICQ (mensajería) en su última versión, y el Getright para descargar archivos. [11]

11. Postcardware. Es otra modalidad de freeware. Su nombre se debe a que el autor solicita se le envíe una postal para poder utilizar el programa. En muchas ocasiones, este pedido es opcional.

12. Ransomware. Es una modalidad de malware generalmente distribuido mediante spam y que imposibilita al dueño de un documento acceder al mismo. El modus operandi es: se cifra con clave el documento y se deja instrucciones al usuario para obtenerla, previo el pago de un rescate

13. Registerware. Son aquellos programas que previo a ser usados o descargados, requieren que se llene un formulario con sus datos. Generalmente se encuentran en la categoría de freeware.

14. Shareware, es una modalidad de distribución de software, especialmente juegos y programas, para que pueda ser evaluado en forma gratuita, generalmente por un tiempo especificado, aunque también las limitaciones pueden estar en alguna de las formas de uso o las capacidades finales.

15. Software de distribución libre o Software libre. Es aquel con autorización, sea expresa o tácita para que cualquiera pueda usarlo, copiarlo y distribuirlo, con o sin modificaciones, gratuitamente o mediante una retribución. El código fuente en este tipo de programas es abierto.

16. Software propietario es aquel cuyo uso, redistribución o modificación están

[11] www.gestiopolis.com

prohibidos, requieren que solicite una autorización, o están tan restringido que de hecho no pueden hacerlo libremente.

17. Spyware. Son aplicaciones que recopilan información sobre una persona u organización sin su conocimiento. La función más común que tienen estos programas es la de recopilar información sobre el usuario y distribuirlo a empresas publicitarias u otras organizaciones interesadas, pero también se han empleado en círculos legales para recopilar información contra sospechosos de delitos, como en el caso de la piratería de software. Además pueden servir para enviar a los usuarios a sitios de internet que tienen la imagen corporativa de otros, con el objetivo de obtener información importante. Dado que el spyware usa normalmente la conexión de una computadora a Internet para transmitir información, consume ancho de banda, con lo cual, puede verse afectada la velocidad de transferencia de datos entre dicha computadora y otra(s) conectada(s) a Internet.

    Pueden tener acceso por ejemplo a: el correo electrónico y el password; dirección IP y DNS; teléfono, país; páginas que se visitan, qué tiempos se está en ellas y con qué frecuencia se regresa; que software está instalado en el equipo y cuál se descarga; qué compras se hacen por internet; tarjeta de crédito y cuentas de banco.

    Los programas espía pueden ser instalados en un ordenador mediante un virus, un troyano que se distribuye por correo electrónico, como el programa Magic Lantern desarrollado por el FBI, o bien puede estar oculto en la instalación de un programa aparentemente inocuo. Bajar programas desde sitios "NO OFICIALES" también puede ser de alto riesgo, muchos sitios web ofrecen programas que crean instaladores con spyware a fin de darte lo que buscabas pero a su vez vigilarte y bombardearte con publicidad que ellos venden.

18. Trailware (Demoware). Es un tipo de software comercial que permite su uso sin ninguna limitación por un periodo determinado de tiempo, transcurrido el mismo, deshabilita ciertas funciones.

Finalmente, según el criterio que nos trae Marcos David Kon, podemos clasificar al software de acuerdo a su costo, de acuerdo a la apertura de su código fuente, de acuerdo a su protección, de acuerdo a su legalidad y de acuerdo a su filosofía:

"1) *De acuerdo a su costo:*

De costo cero: también conocido como software gratis o gratuito. Es aquel software cuyo costo de adquisición es nulo, es decir, no hace falta efectuar un desembolso de dinero para poder usarlo.
De costo mayor a cero: también se conoce como software "comercial o de pago". Es el software desarrollado por una entidad que tiene la intención de hacer dinero con su uso.

2) De acuerdo a la apertura de su código fuente:
De código fuente abierto: también llamado "de fuente abierta" u "open source". Es aquel software que permite tener acceso a su código fuente a través de cualquier medio (ya sea acompañado con el programa ejecutable, a través de Internet, a través del abono de una suma de dinero, etc.)
De código fuente cerrado: también llamado "software cerrado". Es el software que no tiene disponible su código fuente disponible por ningún medio, ni siquiera pagando. Generalmente tiene esta característica cuando su creador desea proteger su propiedad intelectual.

3) De acuerdo a su protección:
De dominio publico: es el software que no esta protegido por ningún tipo de licencia. Cualquiera puede tomarlo y luego de modificarlo, hacerlo propio.

Protegido por licencias: *es el tipo de software protegido con una licencia de uso. Dentro de este grupo tenemos:*
b.1) Protegido con copyright: es decir, con derechos de autor (o de copia). El usuario no puede adquirirlo para usarlo y luego vender copias (salvo con la autorización de su creador).
b.2) Protegido con copyleft: es aquel cuyos términos de distribución no permiten a los redistribuidores agregar ninguna restricción adicional. Quiere decir que cada copia del software, aun modificada, sigue siendo como era antes.

4) De acuerdo a su "legalidad":
Legal: es aquel software que se posee o circula sin contravenir ninguna norma. Por ejemplo, si tengo un software con su respectiva licencia original y con su certificado de autenticidad, o si lo tengo instalado en una sola computadora (porque la licencia solo me permite hacer eso).

Ilegal: es el software que se posee o circula violando una norma determinada. Por ejemplo: tengo licencia para usarlo en una sola computadora pero lo instalo en mas de una, no tengo la licencia pero lo puedo utilizar mediante artificios (cracks, patchs, loaders, key generators, números de serie duplicados, etc).

5) De acuerdo a su "filosofía":
Propietario: es aquel software que refleja el hecho de que su propiedad absoluta permanece en manos de quien tiene sus derechos y no del usuario, quien únicamente puede utilizarlo bajo ciertas condiciones. Su uso, redistribución y/o modificación están prohibidos o restringidos de modo tal que no es posible llevarlos a cabo. Es decir, este tipo de software le da al usuario derechos limitados sobre su funcionamiento, cuyo alcance establece el autor o quien posea ese derecho. Por ejemplo, ese derecho puede ser el de ejecutar el programa "tal como es" en una determinada computadora.

Libre: es el tipo de software que le da al usuario la libertad de usarlo, estudiarlo,

modificarlo, mejorarlo, adaptarlo y redistribuirlo, con la única restricción de no agregar ninguna restricción adicional al software modificado, mejorado, adaptado o redistribuido. Vale aclarar que debe permitir el acceso al código fuente, debido a que ello es una condición imprescindible para ejercer las libertades de estudiarlo, modificarlo, mejorarlo y adaptarlo." [12]

1.4.- Código fuente y código objeto.

Como se ha dejado indicado, un programa o software es un conjunto de instrucciones ordenadas y escritas en un lenguaje comprensible por el ordenador, que marcan los pasos a realizar en el proceso de manipulación de datos

.

Los programas se elaboran con una sucesión de algoritmos, que se diseñan como pseudocódigos u organigramas, siguiendo tres etapas:

Edición: creación del programa o **código fuente**; los pseudocódigos y organigramas se traducen a lenguajes de programación, utilizando programas editores de texto

Compilación: creación del programa o **código objeto**; cada instrucción del programa fuente se convierte a un lenguaje comprensible para el ordenador (sistema binario) compuesto por ceros y unos, utilizando programas compiladores que revisan si el código fuente es correcto o no.

Enlace: obtención del programa ejecutable, enlazando los programas objeto con las instrucciones utilizadas para formar un único programa. Es el resultado de enlazar uno o varios fragmentos de código objeto. Constituye un archivo binario con un formato tal que el sistema operativo es capaz de cargarlo en la memoria de una computadora, y proceder a su ejecución. El código ejecutable es directamente comprensible por la

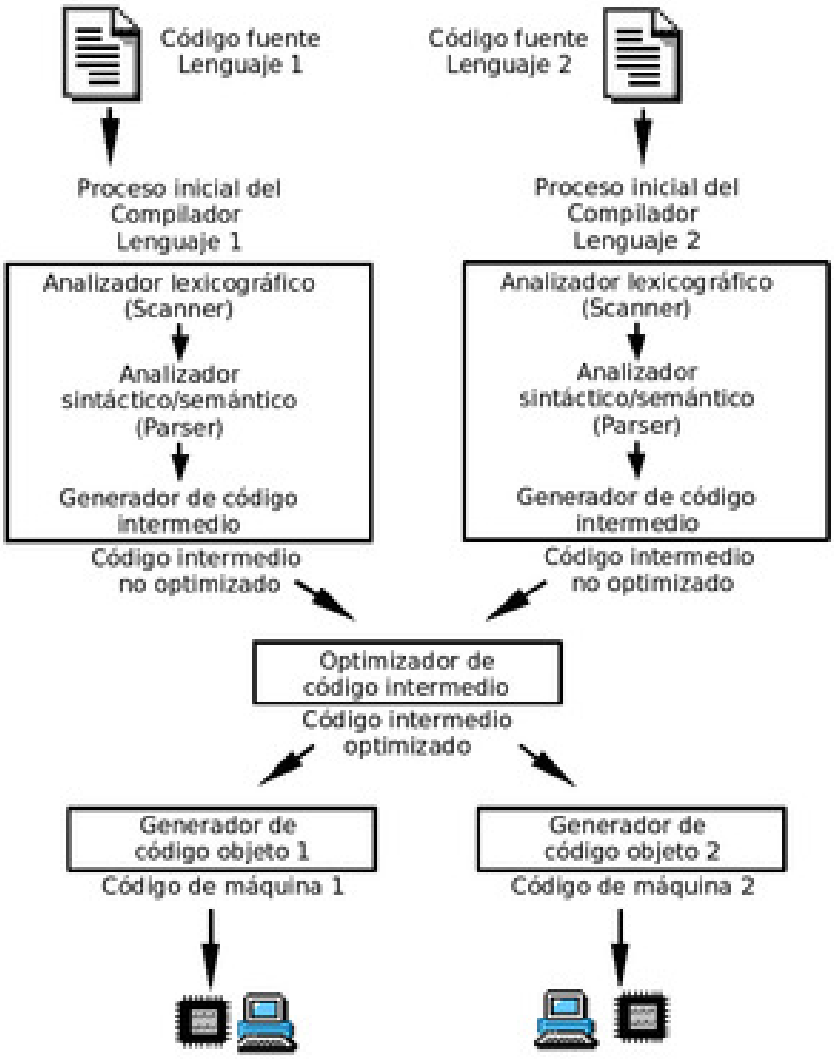
[12] David Kon, Marcos. El Software Libre. Artículo publicado en www.monografias.com

computadora.

Se entiende como código objeto, aquel generado por un compilador o un ensamblador, traducido a partir del código fuente de un programa. Puede ser en lenguaje máquina o bytecode y distribuirse en varios archivos que corresponden a cada código fuente compilado. Posteriormente, un enlazador (linker) se encarga de juntar todos los archivos de código fuente para obtener el programa ejecutable.

Por lo general, este término se refiere al código máquina que puede ejecutarse directamente en la unidad central de proceso, conocida también como CPU, pero también puede ser código fuente de lenguaje ensamblador o una variante del código máquina.

Entendemos por compilador al programa informático que traduce un programa escrito en un lenguaje de programación a otro lenguaje de programación, generando un programa equivalente que la máquina será capaz de interpretar. Generalmente, el segundo lenguaje es en “código máquina “, pero también puede ser solo texto. Este proceso de traducción se lo conoce como “compilación”



Cuando hablamos de código fuente, hacemos referencia al conjunto de líneas de texto que comprenden las instrucciones que debe seguir la computadora para ejecutar el programa. En el código fuente está descrito el funcionamiento de un programa.

El código fuente lo escribe un programador utilizando un lenguaje de programación, pero en este estado, que podemos llamar inicial, no puede ser ejecutado directamente por el computador, sino que debe ser traducido a otro lenguaje, esto es, lenguaje máquina o código objeto, el cual si puede ser ejecutado por el hardware de la computadora. Para esta "traducción" se debe usar los compiladores, conocidos también como ensambladores, interpretes y otros sistemas de traducción.

Importante es conocer el hecho de que el código fuente está disponible para que cualquier persona lo conozca y estudie su contenido, se trata de un programa de "fuente abierta". Caso contrario, si el código no está disponible, se trata de "software privativo", situación que tiene gran trascendencia en el tema de tesis propuesto, en cuanto a derechos de autor se refiere.

De acuerdo al tratadista Javier Ribas Alejandro: "*El código fuente está escrito en un lenguaje de alto nivel comprensible por el ser humano pero no por el ordenador, mientras que el código objeto está expresado en un lenguaje que puede ser comprendido por el ordenador pero no por el ser humano, ya que es el resultado de la compilación del código objeto.*

En el caso de los programas de ordenador, es habitual comercializar sólo el código objeto, de manera que el usuario no accede al código fuente del programa sino solamente a la versión del programa capaz de funcionar en el ordenador pero inhábil para ser modificado o adaptado a las necesidades del usuario."[13]

El artículo 23 de la Decisión del Acuerdo de Cartagena 351, indica que *"Los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sean en forma de código fuente o código objeto.*

[13] Javier Ribas Alejandro. "Aspecto Jurídicos del Comercio Electrónico en Internet". Editorial Aranzadi, 1999, página 27.

En estos casos, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 6 bis del Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas, referentes a los derechos morales.

Sin perjuicio de éllo, los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas. " [14]

Como se puede apreciar, la protección a los programas informáticos se extiende, no solo al software, sino que abarca el código fuente y al código objeto, es decir, a todo lo que comprenden los programas de ordenador, y no únicamente a la parte visible.

De igual forma, la Ley de Propiedad Intelectual, en su artículo 28 contiene un disposición similar:

***"Art. 28**.- Los programas de ordenador se consideran obras literarias y se protegen como tales. Dicha protección se otorga independientemente de que hayan sido incorporados en un ordenador y cualquiera sea la forma en que estén expresados, ya sea en forma legible por el hombre (código fuente) o en forma legible por máquina (código objeto), ya sean programas operativos y programas aplicativos, incluyendo diagramas de flujo, planos, manuales de uso, y en general, aquellos elementos que conformen la estructura, secuencia y organización del programa. "* [15]

[14] Decisión del Acuerdo de Cartagena 351. Publicado en el Registro Oficial No. 266 del 25 de Enero de 1994.
[15] Ley de Propiedad Intelectual. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 426 del 28 de Diciembre de 2006.

CAPITULO II:
LOS DERECHOS DE AUTOR

2.1.- Concepto.

Los derechos de autor comprenden aquella parte de la legislación que estudia la propiedad intelectual, es decir, la parte del derecho que protege los intereses de los creadores concediéndoles exclusivos sobre sus creaciones.

El derecho de autor puede conceptualizarse como el conjunto de prerrogativas, que el Ordenamiento Jurídico, reconoce y confiere a los creadores de las obras intelectuales originales, en los campos literarios y artísticos, en sus diversas manifestaciones, como son la escritura, la música, el dibujo, la pintura, la escultura, el grabado, entre otras. El objetivo que se persigue con esta regulación es la protección de la obra intelectual, original y novedosa, resultado del intelecto humano, garantizando al autor o a los titulares legítimos, el ejercicio de los derechos morales y patrimoniales que se derivan de su creación. De un continente a otro, la gente habla de derecho de autor y copyright como si se tratase de la misma cosa. Bajo este contorno borroso se encuentran dos concepciones diferentes del derecho de autor, en las que se basan los sistemas legales mundiales. El término "Author's right" – derecho de autor en español – está basado en la idea, nacida en la Europa continental, de que una obra está estrechamente relacionada con su creador. La obra no puede separarse de su autor, como un niño de su padre. El concepto del "copyright" proviene de la tradición anglosajona, según la cual los autores tienen un derecho de propiedad sobre sus creaciones, con el que se puede comerciar en base a principios económicos. [16]

Según el concepto antes citado, los derechos de autor comprenden el reconocimiento al creador de una obra, sea esta intelectual o artística en sus diferentes

[16] González M. Jorge. Los Derechos de Autor en Internet. Artículo publicado en www.monografías.com

manifestaciones, con el objeto de proteger el esfuerzo de la persona al crear algo. El fruto de la inteligencia humana se encuentra amparado con los derechos de autor, a fin de que evitar la apropiación injusta de otras personas que no han contribuido con esa creación.

Para Delia Lipszyc, el derecho de autor, "es la rama del Derecho que regula los derechos subjetivos del autor sobre las creaciones que representan individualidad resultantes de su actividad intelectual, que habitualmente son enunciadas como obras literarias, musicales, teatrales, artísticas, científicas y audiovisuales".[17]

Esta protección se extiende tanto al ámbito intelectual como al patrimonial.

El Derecho de autor protege todas las obras creadas por el ingenio del ser humano. Se refiere a los atributos legales que tienen los creadores sobre las obras artísticas y literarias que son producto de su creación

2.2.- Antecedentes históricos.

La invención de la imprenta originó la difusión masiva de las obras literarias, surgiendo con ello la necesidad de protegerlas, no como objetos materiales sino como fuentes de propiedad intelectual

Formalmente se ubica el nacimiento del derecho de autor y el copyright durante el siglo XVIII.

Durante ese siglo, en Inglaterra, los antiguos libreros o editores de obras, mantenían el criterio de que existía un derecho perpetuo para controlar la copia de los libros que

[17] Delia Lipszyc, derecho de autor y derechos conexos, Ediciones UNESCO, Cerlalc, Zavalia, 2005, París, Bogotá y Buenos Aires, p. 11. Citado por Francisco Villacreses Real en su obra Derechos de Autor.

habían adquirido de sus autores. Dicho derecho implicaba que nadie más podría imprimir copias de las obras sobre las cuales tuvieran el copyright, que literalmente traducido significa “derecho de copia”.

En 1710 el Parlamento Inglés aprueba el llamado “Estatuto de la Reina Ana”, constituyéndose en la primera norma de copyright de la historia al establecer que todas las obras publicadas recibirían un plazo de copyright de 14 años renovables por una vez si el autor se encontraba vivo, es decir, consagraba un tiempo máximo de 28 años de protección, en tanto que las obras publicadas antes de 1710 recibirían un plazo único de 21 años a contarse desde ese año.

El caso “Donalson contra Beckett” originó en el año de 1774 una discusión sobre la existencia perpetua de copyright, situación que fue resuelta por la Cámara de los Lores 22 votos a 11 contra esa idea.

La Constitución de los Estados Unidos incorporó similares principios que en Inglaterra en el artículo I, sección 8, cláusula 8, conocida como “la cláusula del progreso”, la misma que permite establecer en favor de los autores "derechos sobre la propiedad creativa" por tiempo limitado.

Posteriormente, en 1790, el Congreso de Estados Unidos promulgó la primera Ley de Copyright, “Copyright Act”, norma en donde crea un sistema federal con un tiempo de protección de 14 años, renovable por igual tiempo si el autor estaba vivo, dando un total de 28 años de protección. Si no se renovaba la protección, la obra se convertía en dominio público.

La situación europea fue distinta que en los países anglosajones, debido a que se desarrolló el concepto de derecho de autor bajo la idea de expresión única del autor.

En Francia, año 1777, varios dramaturgos, entre los que se destaca el autor del Barbero de Sevilla, Beaumarchais, fundaron la primera organización para promover el reconocimiento de sus derechos de autor.

Fue posterior a la Revolución Francesa cuando la Asamblea Nacional aprobó en el año de 1791 la la primera *Loi du droit d'auteur* (Ley de derecho de autor).

En el año de 1886, el Convenio de Berna fue el primer antecedente histórico sobre principios hoy considerados básicos para la protección de los Derechos de Autor a nivel internacional.

El Convenio de Berna fue suscrito por 157 países. Establece varias normas, como el caso del "trato nacional", que implica que en cada Estado, los autores extranjeros gocen de los mismos derechos que los autores nacionales", principio que actualmente se encuentra recogido en multiplicidad de legislaciones a nivel mundial y en el Ecuador en el artículo 2 de la Ley de Propiedad Intelectual.

También tenemos la Convención Universal sobre el Derecho de Autor que data del año 1952, reunida bajo el auspicio de la UNESCO y que significó el inicio para establecer un sistema de protección de derechos de autor para todas las naciones del mundo, capaz de asegurar el respeto por los derechos del ser humano y de fomentar el desarrollo de la literatura, las ciencias y el arte.

Su contribución mas trascendente es el símbolo © (La letra C encerrada en un círculo), que significa que la obra está protegida en su país y por lo tanto en todos los países suscriptores de la Convención de Derechos de Autor.

La Convención, además, sentó las bases para la creación de normas para una protección eficaz y adecuada del derecho de autor, tales como los derechos básicos que garantizan los intereses económicos de los autores y las condiciones de protección.

En el año de 1961 se establece la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión, conocida como Convención de Roma, que extendió la protección de los derechos de autor a los derechos conexos, esto significó que los artistas que interpretan una obra, se beneficien de los derechos sobre sus interpretaciones o ejecuciones, así como los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y las organizaciones de radio y televisión sobre sus programas.

En 1970 se creó la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, OMPI, como organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas, destinado a preservar y aumentar el respeto hacia la propiedad intelectual en todo el mundo y fomentar el desarrollo industrial y cultural estimulando la actividad creadora y la transferencia de tecnología

La Organización divulga información y mantiene registros internacionales y otras formas de cooperación administrativa entre sus 175 Estados Miembros, además de asegurar la cooperación administrativa entre las diferentes uniones establecidas para proteger los derechos de propiedad intelectual.

Las principales uniones con tal fin son:

- La Unión Internacional para la Protección de la Propiedad Industrial (Unión de París)
- La Unión Internacional para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (Unión de Berna)

La propiedad intelectual abarca dos campos:

- La propiedad industrial: relacionada con inventos y otras patentes sobre inventos, marcas registradas, diseños y nombres por mencionar algunos

- Los derechos de autor de obras literarias, musicales y artísticas, películas, actuaciones, interpretaciones y fonogramas

La OMPI administra 15 tratados internacionales sobre propiedad industrial y 6 relacionados con derechos de autor.

La Organización cuenta con tres órganos rectores que establecen cada dos años el programa y el presupuesto de la Organización:

- **Asamblea General**: está integrada por los Estados miembros de la OMPI que a su vez son miembros de la Unión de París o la Unión de Berna. Estos miembros se reúnen cada dos años
- **Conferencia**: también está integrada por todos los Estados miembros y se reúne cada dos años
- **Comité de coordinación**: está integrado por 72 miembros que se reúnen anualmente

La OMPI cuenta con 765 funcionarios y su presupuesto para 2000-2001 fue de 48 millones de dólares.

En 1994 surge el Acuerdo sobre los ADPIC, Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, cuya finalidad es armonizar el comercio internacional al proteger en forma adecuada y eficaz los derechos de propiedad intelectual, estableciendo normas y principios adecuados relativos a la disponibilidad, extensión y uso de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

En el año 1996 nace el Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor (WTC) y el Tratado de la OMPI sobre la interpretación o ejecución de fonogramas (WPPT), destinadas a adaptar la protección de los derechos de autor a los desafíos planteados con el naciente uso de los medios digitales.

El WCT destinado a encaminar la legislación del derecho de autor a la era digital, entró en vigor el 6 de marzo de 2002. EL WPPT, relativo a la interpretación o ejecución y fonogramas, empezó a regir el 20 de mayo del 2002.

2.3.- El Derecho de Autor como Derecho fundamental.

El artículo 322 de la Constitución en su parte pertinente "*reconoce la propiedad intelectual de acuerdo con las condiciones que señale la ley*..."[18], disposición que guarda estrecha relación con lo dispuesto en el artículo 22 del mismo cuerpo legal: "*Las personas tienen derecho a desarrollar su capacidad creativa, al ejercicio digno y sostenido de las actividades culturales y artísticas y a beneficiarse de la protección de los derechos morales y patrimoniales que les correspondan por las producciones científicas, literarias o artísticas de su autoría"*[19]

La protección de los Derechos de Autor nace a cargo del Estado y se enmarca en los postulados de la Constitución vigente, atreviéndome a encasillarlo como un derecho fundamental y por ende, tiene el carácter de exigible frente a la Administración Pública en todo lo concerniente a su tutela y protección, a más que se encuentran regulados en la Constitución, en el Título "Derechos", sección cuarta "Cultura y Ciencia".

En contraste, la anterior Constitución, en forma escueta consagraba tan solo el reconocimiento del Estado a "*el derecho a la propiedad, en los términos que señala la ley*" [20], remitiéndonos por completo a la norma legal aplicable, en el caso que nos compete, a la Ley de Propiedad Intelectual y normas conexas.

Los Derechos de Autor se sustentan en la dignidad del ser humano, debido a que son resultado de un hecho personal, de la proyección de la personalidad del autor, el

[18] Constitución Política de la República del Ecuador.
[19] IBIDEM.
[20] Constitución Política de 1998. Artículo 23 numeral 23.

derecho a que su creación debe ser imputada a su persona, refleja su parte espiritual y se proyecta hacia el mundo. Por ello, las creaciones fruto del intelecto humano se vinculan a los derechos de la personalidad y a los derechos laborales debido a que ambos atañen a la dignidad de la persona.

Los Derechos de Autor están incluidos en varios instrumentos internacionales relacionados con los Derechos Humanos. Así tenemos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:

"Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros" (párrafo primero);

"Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría" (cuarto párrafo);

"Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu" (párrafo quinto).

Artículo XIII: "Toda persona tiene derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos.

Tiene, asimismo, derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le corresponden por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor." [21]

[21] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena conferencia internacional americana, Bogotá, Colombia, 1948.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por las Naciones Unidas en 1966, indica en el artículo 15:

"1. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:

a) participar en la vida cultural;

b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;

c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales."

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, señala:

"*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora."* [22]

2.4.- Clases de derechos de autor.

Los derechos de autor pueden ser morales y patrimoniales.

Los derechos morales constituyen derechos personalísimos del autor sobre su obra y le permiten reclamar, en cualquier momento, la autoría de sobre la misma, tener su nombre o seudónimo e incluso la señal convencional que indica o anuncia que es el autor cuando se utiliza la obra. Tiene derecho a asegurar la integridad de la obra y a oponerse a cualquier modificación que pueda perjudicarle como autor en su reputación u honor. Puede también el autor modificar la obra antes o después de utilizarla, retirarla de circulación o suspender cualquier forma de uso ya autorizado, si la circulación o utilización atentan contra su reputación.

Los derechos de autor se caracterizan por ser irrenunciables, inalienables, inembargables e imprescriptibles, tal como lo consagra el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La citada disposición legal, nos indica además, cuales son los derechos morales del autor, que a continuación citamos:

a) Reivindicar la paternidad de su obra.
b) Mantener la obra inédita o conservarla en el anonimato o exigir que se mencione su nombre o seudónimo cada vez que sea utilizada.

[22] Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III) del 10 de Diciembre de 1948.

c) Oponerse a toda deformación, mutilación, alteración o modificación de la obra que pueda perjudicar el honor o la reputación de su autor.
d) Acceder al ejemplar único o raro de la obra que se encuentre en posesión de un tercero, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda.
e) La violación de cualquiera de los derechos establecidos en los literales anteriores dará lugar a la indemnización de daños y perjuicios independientemente de las otras acciones contempladas en la Ley.

Los derechos patrimoniales se refieren "*al cúmulo de posibilidades de explotación económica de la obra, las mismas que se derivan de su utilización. En cierta manera, éste derecho permite al autor la obtención de un beneficio económico por el hecho de poner a disposición de terceros sus ideas científicas, artísticas o literarias debidamente fijadas en un soporte material…*"[23]

El derecho patrimonial le da al autor la posibilidad de explotar su obra, en forma personal o autorizando a otras personas para obtener un beneficio económico. Se trata entonces de la facultad de explotación exclusiva que tiene el autor sobre la obra, exclusividad que, al contrario de los derechos morales, puede ser transferible y renunciable.

El artículo 19 de la Ley de Propiedad Intelectual dispone que el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra en cualquier forma y de obtener por ello beneficios.

Este derecho exclusivo de explotación, comprende la facultad de realizar, autorizar o prohibir lo siguiente:

a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento;

[23] Villacreses Real, Francisco. "Derechos de Autor". Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2007. Pág. 81

b) La comunicación pública de la obra por cualquier medio para difundir las palabras, los signos, los sonidos o las imágenes;
c) La distribución pública de ejemplares o copias de la obra mediante la venta, arrendamiento o alquiler;
d) La importación; y,
e) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

2.5.- Protección de los derechos de autor.

La legislación nacional protege los derechos de autor a través de una norma especial que es la Ley de Propiedad Intelectual, y de diferentes normas generales como son el Código Civil, el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, entre otras.

Otras fuentes de protección incluyen instrumentos jurídicos de los órganos regionales compuestos de grupos de países (como las Decisiones de la Comunidad Andina de Naciones) y acuerdos bilaterales y plurilaterales entre países con disposiciones relativas a la propiedad intelectual (TLC) y los acuerdos multilaterales como el Convenio de Berna y el Acuerdo sobre los ADPIC.

A nivel de la Comunidad Andina de Naciones la protección a los derechos de autor la encontramos en las siguientes normas:

- Decisión 351
- Decisión 486
- Decisión 345

La protección contenida en normas de nivel internacional la podemos hallar en normas como:

- El Convenio de Berna, para la protección de obras literarias, artísticas y científicas (Acta de París de 1971).

- La Convención de Roma, para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión; o La Convención Universal de derecho de Autor.
- Convención Interamericana sobre Derecho de Autor.

Como indicamos al inicio de este tema, la protección nacional a los derechos de autor la encontramos principalmente en la Ley de Propiedad Intelectual, la misma que en su artículo 1 nos enseña:

Art. 1: "El Estado reconoce, regula y garantiza la propiedad intelectual adquirida de conformidad con la ley, las decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y los convenios internacionales vigentes en el Ecuador..." [24]

Como se analizó anteriormente, la Carta Magna de la nación, protege los derechos de propiedad intelectual en su artículo 322, remitiéndose a la Ley para situaciones específicas que surjan de las diferentes relaciones en lo referente al tema que se analiza, remitiendo la competencia al Instituto Ecuatoriano de la Propiedad Intelectual (IEPI) para propiciar, promover, fomentar, prevenir, proteger y defender a nombre del Estado Ecuatoriano, los derechos de propiedad intelectual reconocidos por la Ley de Propiedad Intelectual, así como en los tratados y convenios internacionales, conforme lo regula el artículo 3 de la Ley de Propiedad Intelectual.

La protección al derecho de autor no se sujeta a formalidad alguna. El derecho del autor sobre su obra nace por la sola creación de la misma, sin necesidad de registro o trámite alguno, sin embargo, es aconsejable registrar la obra a su nombre, para conseguir beneficiarse de la presunción de autoría que la Ley reconoce a favor de quien obtuvo el registro.

[24] Ley de Propiedad Intelectual. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 426 del 28 de Diciembre de 2006.

2.6.- Derechos conexos

La Ley de Propiedad Intelectual define a los derechos conexos como los derechos económicos por comunicación pública que tienen los artistas, intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y organismos de radiodifusión.

Los derechos conexos "*constituyen una suerte de intermediación entre el autor de la obra y el público quien en definitiva puede apreciar las distintas manifestaciones de personalidad de todos quienes intervienen alrededor de la obra*."[25]

Los derechos conexos corresponden a los artistas, intérpretes o ejecutantes, a los productores fonográficos y a los organismos de radiodifusión sobre sus interpretaciones, fijaciones o emisiones, en su orden, siendo independientes sobre los derechos del autor sobre su obra o creación.

Un derecho conexo sería el que tiene un cantante por la impronta personal que coloca al interpretar una canción; el derecho del productos fonográfico sobre la grabación magnetofónica realizado bajo su iniciativa y responsabilidad o el derecho de una emisora radial sobre sus programas de radio.

Los Derechos Conexos pueden estar contenidos en los Derechos de los artistas, intérpretes o ejecutantes, en los derechos de los productores de fonogramas, en los derechos de los organismos de radiodifusión y en los de los productores de imágenes en movimiento, siempre que no impliquen una obra audiovisual.

El artículo 87 de la Ley de Propiedad Intelectual regula lo relativo a los derechos conexos de los artistas intérpretes o ejecutantes, de la siguiente manera:

---

[25] Villacreses Real, Francisco. Op. Cit. Pág. 112.

Art. 87.- "Independientemente de los derechos patrimoniales y aún después de su transferencia, los artistas, intérpretes o ejecutantes gozarán, respecto de sus ejecuciones en vivo o ejecuciones fijadas en fonogramas, del derecho e ser identificados como tales, salvo que la omisión esté determinada por el modo en que se use la ejecución; así como del derecho de oponerse a toda distorsión, mutilación u otra modificación de su ejecución, en la medida en que tales actos puedan ser perjudiciales para su reputación. Estos derechos morales no se extinguen con la muerte de su titular". [26]

Se protege la forma personal o particular de interpretar una obra por parte de un artista, intérprete o ejecutante, definido en el mismo cuerpo legal como "la persona que representa, canta, lee, recita, interpreta o ejecuta en cualquier forma una obra", lo que origina derechos morales, esto es, que esta peculiar y personal forma de interpretación se encuentra protegida y es reconocida a favor de su titular (intérprete, artista o ejecutante).

Sin embargo, la protección a este derecho conexo no es ilimitada, ya que únicamente comprende aquella interpretación que no distorsione, mutile o modifique la obra o que pueda ser perjudicial para la reputación del autor.

Los derechos conexos de los productores de fonogramas no se refiere a la obra contenida en el fonograma, sino al derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta de los mismos en cualquier medio o forma, la distribución al público y la importación por cualquier medio de reproducciones de fonogramas, lícitas e ilícitas.

Se protege, por lo tanto, la señal de transmisión, a efectos de lo regulado en la definición de Radiodifusión que nos trae el artículo 7 de la Ley de Propiedad

[26] Ley de Propiedad Intelectual.

Intelectual: "*Radiodifusión: Comunicación al público por transmisión inalámbrica. La radiodifusión incluye la realizada por un satélite desde la inyección de la señal, tanto en la etapa ascendente como en la descendente de la transmisión, hasta que el programa contenido en la señal se ponga al alcance del público*".

Al protegerse la radiodifusión, se encuentra prohibido captar la señal a través de decodificación, con fines de lucro, ni la venta, arriendo, distribución de cualquier clase de aparato o sistema que tenga dicho fin, es decir, lo que se conoce como "piratear" la señal, práctica que ha venido convirtiéndose en usual en nuestro país, a través de la venta de decodificadores que captan la señal televisiva para poder apreciarla en los hogares que la adquieren.

La protección a los radiodifusores se extiende por 70 años contados a partir del primer día del año siguiente en que iniciaron la emisión.

Por último, se protege también al productor de imágenes en movimiento, con o sin sonido, que no sean creaciones susceptibles de ser calificadas como obras audiovisuales.

La protección se extenderá durante 70 años contados a partir del primer día del año siguiente a la fecha de su realización, divulgación o publicación, según sea el caso.

2.7.- Infracciones a los derechos de autor

La Ley de Propiedad Intelectual protege mediante el ejercicio de acciones civiles, administrativas y penales la violación de cualquiera de los derechos sobre la propiedad intelectual contenidas en su texto.

En caso de infracción de los derechos reconocidos en la Ley de Propiedad Intelectual, el afectado podrá demandar:

a) La cesación de los actos violatorios;
b) El comiso efectivo de los productos u otros objetos resultantes de la infracción, el retiro definitivo de los canales comerciales de las mercancías que constituyan infracción, así como su destrucción;
c) El comiso definitivo de los aparatos y medios empleados para el cometimiento de la infracción;
d) El comiso definitivo de los aparatos y medios para almacenar las copias;
e) La indemnización de daños y perjuicios;
f) La reparación en cualquier forma, de los efectos generados por la violación del derecho; y,
g) El valor total de las costas procesales.

Se puede exigir los derechos establecidos en los convenios internacionales vigentes en el Ecuador, especialmente los determinados en el ADPIC, Acuerdo sobre los Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la Organización Mundial del Comercio.

Procesos civiles.

Competencia.- En los procesos civiles, en primera instancia la competencia radica en los jueces distritales de propiedad intelectual y en segunda instancia en los tribunales distritales de propiedad intelectual.

Sin embargo, a pesar del mandato legal señalado en el párrafo anterior, contenido en el artículo 294 de la Ley de Propiedad Intelectual, desde su expedición, en el Registro Oficial Suplemento 426 del 28 de Diciembre de 2006, hasta la presente fecha no han sido creados los juzgados distritales de propiedad intelectual, mucho menos los tribunales distritales de propiedad intelectual, sin existir además, un plazo perentorio para su creación, razón por la que el legislador con el fin de salvar esta situación,

incluyó en el texto de la Ley, la Disposición Transitoria Quinta, que dispone:

"QUINTA: Hasta que sean creados los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, los tribunales distritales de lo contencioso administrativo conocerán sobre las causas relacionadas a esta materia de conformidad a las disposiciones y competencias atribuidas por la presente Ley, a excepción de las diligencias cautelares, que serán conocidas por los jueces de lo civil"[27]

Por esta razón, los procesos de propiedad intelectual que deban plantearse en sede judicial, deberán ser conocidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Se puede intentar el recurso de casación, el mismo que se interpondrá ante la sala especializada de la Corte Nacional de Justicia.

Las reglas generales para radicar la competencia, contenidas en el Código de Procedimiento Civil son plenamente aplicables en materia de propiedad intelectual.

Existe también competencia de los jueces del lugar en donde se hubiere cometido la infracción.

Para las transmisiones vía satélite, la infracción se entenderá cometida en el lugar en donde se inicie dicha transmisión o en lugar en donde se señal se hiciere accesible al público de forma predominante.

Si se trata de infracciones cometidas a través de redes de comunicación digital, el lugar de la infracción será aquel en donde se encuentren los sistemas informáticos o el lugar en donde se hiciere accesible al público en forma predominante.

[27] Ley de Propiedad Intelectual.

Trámite.- El procedimiento será por la vía verbal sumaria, con las modificaciones que añade la Ley de Propiedad Intelectual.

Se admite la reconvención, siempre que sea conexa.

Prueba.- Si se solicita en el término de prueba la recepción de prueba testimonial, el juez deberá señalar día y hora para que se recepte en audiencia oral, en donde la parte que solicitó la prueba deberá preguntar a los testigos, pudiendo la contraparte hacer repreguntas.

Para la prueba pericial, cada parte deberá nombrar su perito, salvo que existiese acuerdo mutuo para nombrar solo a uno.

El Perito deberá presentar su informe por escrito, pudiendo las partes solicitar una Audiencia en donde el Perito deberá contestar las cuestiones que se le formulen.

Las pruebas solicitadas deberán evacuarse en el plazo de 30 días luego de concluido el término de prueba, salvo que las partes, de común acuerdo soliciten una prórroga.

El juez podrá ordenar la exhibición de la prueba que se encontrare en poder o posesión de una de las partes. Si no exhibiere la prueba, el juez, al momento de resolver, podrá basarse en la información que le haya suministrado la parte que solicitó la prueba.

Si cualquiera de las partes no facilitare las informaciones, códigos de acceso, o impidiese de cualquier modo la verificación e instrumentos, equipos u otros medios en los que pueda almacenarse reproducciones no autorizadas, éstos se entenderán violatorios de los derechos de propiedad intelectual.

Indemnización de daños y perjuicios.- Comprenderá el daño emergente (pérdidas sufridas) y el lucro cesante causado por la infracción.

De acuerdo al artículo 303 de la Ley de Propiedad Intelectual, los criterios para fijar la cuantía de los ingresos no percibidos, se fijará siguiendo los siguientes criterios:

a) Los beneficios que el titular hubiese obtenido de no haberse producido la violación.
b) Los beneficios obtenidos por el infractor como consecuencia de la violación;
c) El precio, remuneración o regalía que el infractor hubiese tenido que pagar al titular, para la explotación lícita de los derechos violados; y,
d) Los gastos razonables, inclusive honorarios profesionales, incurridos por el titular con relación a la controversia.

Sentencia condenatoria.- Las sentencias condenatorias de las acciones civiles por violación de los derechos de propiedad intelectual impondrán al infractor, adicionalmente a la petición formulada, una multa equivalente de 3 a 5 veces el valor total de los ejemplares de obras, interpretaciones, producciones o emisiones de radiodifusión o de las regalías que de otro modo hubiere percibido el titular de los derechos por explotación legítima de éstas u otras prestaciones de propiedad intelectual.

2.8.- El software como obra protegida por el Derecho de Autor.

La Ley de Propiedad Intelectual, a partir del artículo 28 trata sobre los programas de ordenador.

El artículo 28 nos enseña que los programas de ordenador se consideran obras literarias y se protegen como tales. Otorga protección sin considerar en forma especial el hecho de que los programas hayan sido o no incorporados en un ordenador o la

forma como estén expresados, legible para el hombre (código fuente) o legible por la máquina (código objeto), o el tipo de software de que se trate, es decir, concede amplitud de criterio para evitar que se alegue que no se trata de un programa de ordenador.

En el artículo 29 de la Ley de Propiedad Intelectual la norma establece la figura del productor, entendiéndose como tal al titular de un programa de ordenador, persona natural o jurídica que toma la iniciativa y responsabilidad de la realización de la obra, considerando como tal, salvo prueba en contrario, a la persona cuyo nombre conste en la obra o en sus copias de la forma usual.

Los derechos morales sobre el software pertenecen al productor, incluyéndose además a la facultad para decidir su divulgación.

De igual forma, el productor tendrá el derecho exclusivo para realizar, autorizar o prohibir la realización de modificaciones o versiones sucesivas del programa y de los programas derivados del mismo.

Sin embargo, las disposiciones del artículo 29 referentes al productor, pueden ser modificadas por acuerdo entre los autores y el productor.

Según Francisco Villacreses Real, en el texto guía "Derechos de Autor", "*Esta norma a nuestro criterio, puede dar lugar a ciertas discrepancias, al no diferenciar en un primer momento entre el autor del software (persona natural) y el titular de los derechos patrimoniales que por regla general pueden también ser las personas jurídicas, disponiendo que ambos estén facultados para ejercer los derechos morales derivados de la creación…*"[28].

[28] Villacreses Real, Francisco. Op. Cit. Pág. 41

CAPITULO III:
PROTECCION JURIDICA DEL SOFTWARE EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

3.1.- Medios de protección al software en particular.

Tradicionalmente, no han existido mayor polémica en lo que se refiere a la protección de los derechos intelectuales de los creadores de componentes del hardware, situación motivada a que las creaciones que se producen en tal terreno se encuentran comprendidas, por regla general, dentro de los llamados "inventos patentables".

Por lo tanto, si el titular del derecho de propiedad intelectual cumple con los requisitos formales de patentabilidad establecidas en la Ley.

En cambio, la situación es mucho menos clara en lo que respecta a la protección jurídica de los derechos intelectuales de los creadores de programación, razón del análisis que se formulara a continuación.

En el derecho comparado, se han postulado tres sistemas distintos para brindar tal protección: patentes de invención, derechos de autor y un sistema propio o "sui generis".

Ninguno de estos tres sistemas ha sido descartado hasta la fecha, subsistiendo la triple alternativa. Sin embargo, cabe aclarar que la mayoría de la doctrina se inclinó por la protección de los derechos intelectuales de los creadores de software bajo el régimen legal del Derecho de Autor y esta preferencia se ha visto plasmada en la mayoría de las legislaciones vigentes en aquellos países en los que se ha brindado resguardo legal a tal creación del intelecto. [29]

[29] Luis Moisset de Espanés y María del Pilar Hiruela de Fernández. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE. Artículo publicado en www.artsoftware.com

Desde el inicio del Derecho Informático, como ciencia, los juristas se han planteado como reto el establecer una protección adecuada, jurídicamente hablando a esta nueva rama del Derecho.

En una primera fase, la protección legal que se consagró estuvo dirigida hacia el hardware, protección jurídica del hardware entendido como el elemento material, esto es, el computador en sí y todos los accesorios periféricos que lo componen.

En esta época, el software era considerado como un componente más de la máquina, como parte del computador que lo controlaba al asignarle las tareas que debía realiza

En esta època, si bien la industria del hardware estuvo ligada con la del software, no estuvo prevista la necesidad de proveer a éste último de una protección jurídica especial, ya que se consideraba al computador como el bien jurídico que merecía una protección especial, una tutela legal y el software, por consiguiente, estaba protegido por el régimen legal que protegía al hardware.

No existió mayores inconvenientes para el jurista al crear este régimen de protección, por cuanto, lo que hizo fue una adaptación a las categorías jurídicas existentes, bajo el régimen de propiedad aplicable como cosa mueble y su tutela a través del régimen de patentibilidad.

A partir de la década de los años 60, por motivo de la baja considerable en el costo de los componentes materiales y del hardware de tercera generación, sumados a los procesos avanzados en cuanto a la miniaturización de los componentes hardware, se originó un cambio radical en el status quo existente hasta dicha época, iniciando un nuevo proceso, en donde empieza a predominar el elemento intelectual sobre el material, ocupando el software el primer lugar en la preocupación de los juristas, referente al asunto de su protección.

Como consecuencia de la creciente demanda de los programas de computación, su vulnerabilidad y costo económico, empieza una nueva era en torno al software, en donde éste adquiere una gran trascendencia para la ciencia del derecho y se constituye en una entidad completamente independiente del hardware, motivando un intenso debate en lo referente a su protección jurídica.

El gran desafío que surgió para los juristas, fue, al contrario que lo sucedido para el hardware, que el software, como objeto tutelar de derechos, no fue tan sencillo de tutelar, debido a que apareció como tutelar refractario de diferentes categorías jurídicas y presentaba además una particular naturaleza, por cuanto se presenta como un objeto inmaterial o incorporal.

Por esta razón, el software, considerando su particular naturaleza, en los ámbitos intelectual, moral y económico, no fue posible encasillarlo en las clásicas categorías jurídicas existentes, naciendo una corriente que pretendía encontrar un régimen jurídico propio, situación para nada sencilla y que hasta nuestros días ha dividido la opinión de los expertos en la materia.

Algunos autores pretenden encasillar al software dentro del derecho de patentes; otros, consideran que el régimen que debe aplicarse en aquel que tutela los Derechos de Autor. Una tercera posición cree conveniente crear un régimen jurídico propio, que atienda en forma particular y exclusiva los elementos que caracterizan al software.

A continuación, formularemos un análisis de cada uno de las tres corrientes propuestas por los diferentes tratadistas, considerando en cada uno de ellos, los elementos singulares que los autores incluyen para defender su posición.

3.1.1.- Derechos de Autor.

Esta corriente jurídica es la que ha predominado a nivel mundial al haber sido ampliamente adoptada en el derecho comparado, al haber sido adoptada por los países suscriptores del Acuerdo Sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADIPC),conocidos como ATRIPS, celebrados en el marco de la Ronda Uruguay del GATT.

Los tratadistas han preferido el sistema de protección del software a través de los Derechos de Autor por varias razones, a continuación se procederá a su análisis:

1.- El sistema evita la dispersión legal por la creación de nuevos instrumentos jurídicos, evitando la inseguridad jurídica que se produce con la introducción de nuevas normas hasta que se define el sentido y alcance de las mismas.

2.- Se garantiza la aplicación de un ordenamiento legal uniforme y conocido ya que las normas y principios que rigen sobre los Derechos de Autor, son conocidas y aplicadas a nivel mundial.

3.- La protección internacional del software está amparada tanto por el Convenio de Berna como por el ADPIC.

El Convenio de Berna consagra el principio de que toda obra creada en un país, es susceptible de recibir en forma automática, idéntica protección en los países suscriptores de dicho convenio, que son en definitiva, casi todos los países del mundo.

4.- Por último, existe una marcada protección a la forma de manifestación de la idea expresada en el programa tutelado y no se monopoliza el fondo de la misma, situación

que se constituye en patrimonio de la humanidad debido a que su titularidad, -del software- no puede ser concedida en forma exclusiva a una sola persona

A pesar del consenso existente, la Doctrina de los Derechos de Autor ha sido criticada, desde diferentes puntos de vista, centrándose principalmente en el hecho de que los programas de computación carecen de estética o belleza, que no son perceptibles por los sentidos, que la protección jurídica otorgada se prolonga demasiado en el tiempo, que el Derecho de Autor no le concede suficiente protección a las diferentes etapas para la elaboración del software y que sus normas no prohíben su uso.

Sin embargo, todas las críticas han sido suficientemente objetadas, así con respecto a la estética o belleza de la obra, se ha dicho que éstos elementos no constituyen parte del Derecho de Autor debido a que èste no puede proteger a la obra en si misma sin entrar en la consideración de su valor estético o finalidad. Es lógico considerar como válida este criterio ya que el software en su parte esencial no es visible, no se puede apreciar por los sentidos, sino por la lectura del hardware apropiado, y no por ello, debe ser negada su protección.

En cuanto a la duración de la protección, aún cuando atendible, no importa la exclusión de este régimen como inválido. El análisis legal aplicable a este tema señala que se trata de un asunto de política legislativa y basta que se introduzca un plazo de tutela, sin necesidad de recurrir a un régimen jurídico diverso.

Otra de las críticas señalaba a la ausencia de protección de los pasos o procesos de elaboración del software. Hay que considerar que dichos pasos pueden ser objeto de tutela po el Derecho de Autor siempre que cada uno de las etapas o procesos constituyen por sí mismos una obra.

La última crítica, acerca de la prohibición de las normas, ha sido descartada por no ser cierta, ya que como se sabe, el uso ilícito o no autorizado de la obra, en el caso que

se analiza, del software, está contemplado como una infracción punible y pesquisable por las normas del Derecho de Autor. [30]

3.1.2.- Derechos de patente

La protección jurídica del software a través de los Derechos de Patente no ha sido aceptada en su totalidad para proteger los inventos relacionados con el software, especialmente cuando los programas de computación no observan las condiciones que el Derecho de Patentes exige como requisitos indispensables par la protección de un bien.

Estas condiciones son: a) La Novedad; b) El nivel inventivo; y, c) La Aplicabilidad Industrial.

El software, como hemos analizado anteriormente, no cumple con los requisitos indicados en el párrafo anterior, a continuación explicaremos las razones.

La novedad en el Derecho de Patentes implica una solución a un problema específico que no haya sido conocida anteriormente, sin poder garantizar que el método o esquema mental que caracteriza al software no haya sido antes jamás imaginado por otra persona.

En cuando al nivel inventivo, se impone que la solución otorgada aun problema específico no implique solo la unión de ideas o métodos ya contenidos en el estado de la técnica y, como es conocido, el software se caracteriza por ser jurídicamente eso, la combinación de operaciones mentales ya conocidas y manejadas en el mundo de la técnica.

[30] Vázquez Acuña, Bernardo. Programas de computación. Protección jurídica, la llamada "Ley del Software". Artículo publicado en www.salvador.edu.ar

Como último considerando, y en referencia a las condiciones de aplicabilidad, los programas de computación no cumplen con aquellas, ya que generalmente no aportan una solución a un problema de naturaleza técnica.

Resta indicar que ningún ordenamiento jurídico puede - válida y legítimamente- proteger y otorgar un título de propiedad con relación a ideas o conceptos abstractos, porque, tanto las ideas como los conceptos abstractos, son patrimonio común de la humanidad y no se puede imaginar que sean propiedad o exclusividad de alguna persona, ya que se estaría restringiendo su uso.

Por las razones expuestas, se dice que la patente de invención tutela productos y procesos, pero nunca teorías.

Lo expuesto constituye el argumento que impide pensar que el Derecho de Patentes sea el apropiado para la protección jurídica del software, debido a que en su esencia, el software es elaborado basándose en algoritmos, los cuales son en esencia una mera elaboración intelectual matemática y que pertenece al ámbito de las ideas comunes a toda la humanidad.

Basada en este argumento, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en el caso Gott Schalk y Benson, ha manifestado que no se puede patentar una idea, la fórmula matemática implicada en el caso no tiene ninguna aplicación material salvo en relación con un ordenador digital, lo que significa que si se admitiese su patentamiento, la patente cubriría la fórmula matemática y constituiría en la práctica una patente sobre el propio algoritmo.

Por esta razón, la Corte Suprema de EEUU rechazó, sin ninguna otra contemplación, la posibilidad de patentar el software

Adicionalmente, hay que indicar que la Convención de Munich sobre la Patente Europea (1973) excluyó expresamente a los programas de computación del campo de las invenciones patentables.

Igualmente, en Estados Unidos, aún cuando no se hace referencia expresa a los programas de computación, la AUnited States Patent and Trademark Office (PTO) supo rechazar sistemáticamente las solicitudes con el fundamento de que el software consistía en algoritmos matemáticos considerados como leyes de la naturaleza o puros pensamientos, ambos excluidos del ámbito de protección del régimen de patentes.

El Derecho Comparado, ha excluido los programas de computación del ámbito de la invención y por ende de la protección concedida por el Derecho de Patentes, situación que la encontramos en el Derecho francés, alemán, inglés, brasileño, hondureño, guatemalteco, mexicano, uruguayo, e incluso de nuestro país, Ecuador, entre otras legislaciones.

Sin embargo de todas las indicaciones expuestas, en necesario destacar una tendencia que ha surgido a nivel internacional que propone la posibilidad de admitir la patentabilidad del software, corriente que para algunos, obedece a la presión de las grandes multinacionales dedicadas a la elaboración y comercialización del software, persiguiendo como objetivo último una forma idónea de protección jurídica del software, ya que le da al programa de computación la exclusividad para la explotación y habilita a su inventor a ejercer su derecho a oponerse a que otros sujetos no autorizados exploten su invención.

La corriente ha tenido una ligera aceptación y ha motivado a que organizaciones como la European Patent Office (EPO) autoricen en ciertos casos a patentar ciertos tipos de software

Sin embargo, no resulta ocioso señalar que, en todos los casos en que se ha recurrido al régimen de patentes se ha coincidido con que lo protegible por el título de patente es el conjunto inventivo que incluye al software como uno de sus elementos y no al programa de manera aislada.

En otras palabras, lo protegido en estos supuestos excepcionales ha sido el invento que presupone la existencia de un software y no el programa de computación en sí mismo.

Es en los Estados Unidos de Norteamérica donde los autores han insistido con más énfasis en la posibilidad de brindar amparo a los derechos intelectuales de los creadores de software a través del Régimen de Patentes.

Sin embargo, y evitando entrar en detalle acerca de la secuencia de actos jurisprudenciales generados en dicho país sobre el tema (lo que excedería el marco del presente comentario), puede decirse que diversas solicitudes de patentamiento de programas sufrieron reparos y denegatorias por parte de la autoridad administrativa y que, sometida la cuestión a revisión judicial, sólo unas pocas obtuvieron respuestas favorables.

El obstáculo fundamental que se rige contra la protección del software como un invento patentable radica en que un programa es visto como una concepción puramente mental de pasos y operaciones que se instruyen a un ordenador lo cual, al no involucrar manipulación de materia, –que muchos consideran como parte esencial de un invento patentable- determina que no pueda ser incluido dentro de los avances técnico-industriales que son el objeto central de protección del Régimen de Patentes. Quienes sostienen esta postura consideran que la índole de construcción puramente mental de un programa no se ve desvirtuada por el hecho de que mediante su utilización se gobierne la marcha de un tren, la transmisión de mensajes a distancia o una línea de montaje de automóviles.

Empero, en algunos países como el ya apuntado caso de los E.E.U.U., se ha logrado que la Oficina de Patentes admita el patentamiento de programas destinados a regir procedimientos industriales de producción de componentes físicos.

De lo expuesto se deduce que la patentabilidad de los programas, pese al disfavor con que tropieza a menudo, no es negada de un modo cerrado y absoluto aunque no sea, hoy en día, la vía de elección para dar amparo jurídico a los derechos de propiedad intelectual de sus creadores. [31]

3.1.3.- El secreto industrial.

El régimen de protección al amparo del secreto industrial pretende que una empresa que ha elaborado el software no sea perjudicada por la deslealtad de sus empleados o funcionarios, o que provenga de un cliente que adquiera el programa, evitando el espionaje o cualquier tipo de conducta similar que produzca una apropiación indebida del secreto industrial que según esta corriente constituye la elaboración del software.

En forma general, como se ha explicado en el acápite anterior, se puede indicar que la protección jurídica del software a través del secreto industrial, puede estar contenida en el Derecho de Patentes y el Derecho de Autor, ya que el secreto industrial se protege por esta rama del derecho.

Aún cuando en el Derecho de Autor se presentan otros matices, ya que se protegen incluso las obras inéditas, lo cierto es que este ordenamiento no tiene por objeto la tutela del secreto sino la protección de la titularidad de la obra.

En definitiva, el secreto industrial protege la confidencialidad y reprocha jurídicamente todo ataque que se pueda realizar contra la buena fe.

---

[31] Vázquez Acuña, Bernardo. Programas de computación. Protección jurídica, la llamada "Ley del Software". Artículo publicado en www.salvador.edu.ar

En el Derecho de Patentes así como en el Derecho de Autor, lo protegido es la propiedad del titular de la obra, impidiendo su reproducción no autorizada por un tercero.

3.1.4.- Diseños y modelos

A través de esta vía de protección, se pretende tutelar las representaciones visuales, en este caso, del software, es decir, la protección sería solo de su parte visible, de lo que se muestra al público o al usuario.

La principal objeción sería aquella que sostiene que las representaciones se fijan temporalmente en la pantalla y son modificadas constantemente al ritmo de la ejecución del programa, pero, de acuerdo a la Ley, es posible proteger bajo este régimen algunas imágenes características o algunos gráficos, control que se hace a través de fotografías de esos diseños visuales

3.2.- Protección jurídica del software en Ecuador.

La legislación nacional ha adoptado la protección jurídica del software a través de la teoría de los Derechos de Autor, contenida en nuestra legislación, principalmente en la Ley de Propiedad Intelectual.

Luiz Olavo Baptista, citado por Correa, señala que los tres argumentos fundamentales que hacen que la protección jurídica del software sea una necesidad, son:

a) El software representa el resultado de un esfuerzo creativo y de inversión de tiempo y dinero, a veces, muy elevada;
b) Los costos de inversión del software impulsan la explotación y la difusión de los programas y no su limitación al uso de quien encargó su desarrollo; y,

c) El creador del programa que esté seguro de poder accionar contra usuarios que se benefician sin pagar la remuneración debida, se inclinaría por una comercialización más difundida de lo que resultaría un precio menor para el público. [32]

No obstante, no debemos olvidar que es imperativo buscar un régimen de protección adaptado al nivel de desarrollo tecnológico de cada país y de establecer adecuadamente un control a la entrada y a la circulación de programas, ajustando las relaciones con el exterior al Principio de reciprocidad.

En Diciembre de 1993, el Presidente de la República, Arq. Sixto Durán Ballén, mediante Decreto Ejecutivo dictamina lo siguiente sobre los Derechos de autor del software:

"Que en el Registro Nacional de los Derechos de Autor se inscribirán, con la sola presentación de la solicitud pertinente las obras que se encuentren protegidas por la Ley de Derechos de Autor, inclusive aquellas sujetas a fijación electromagnéticas u otras, como por ejemplo los programas de ordenadores (software) y las señales codificadas de satélite y en general cualquier otro derecho de autor.

El Registro no es requisito indispensable, para el ejercicio de las acciones judiciales, y para la defensa de los derechos de acuerdo con la Ley y los convenios internacionales.

Esto determina que los programas de ordenador se protejan en los mismos términos que las obras literarias, dicha protección se extiende a todos los programas operativos como a los programas aplicativos, y sea en forma de código fuente o código objeto.

Aplicándose esto en concordancia con el convenio de Berna, al cual se encuentra

[32] Correa, Carlos M. y otros. *Derecho Informático*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1987; págs. 51-53.

suscrito nuestro país, el mismo que hace referencia al derecho que tiene el autor a oponerse a cualquier tipo de modificación a su obra. Sin perjuicio de ello, los autores o titulares de los programas de ordenador, podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas.

Además, se permite que el propietario de un ejemplar del programa de ordenador de circulación lícita, podrá realizar una copia o una adaptación de dicho programa siempre y cuando sea indispensable para la utilización del programa; o sea, con fines de archivo, es decir, destinada exclusivamente a sustituir la copia legítimamente adquirida, cuando esta ya no pueda utilizarse por daño o pérdida.

No constituye reproducción ilegal de un programa de ordenador, la introducción del mismo en la memoria interna del respectivo aparato para efectos de su exclusivo uso personal.

En consecuencia, no será lícito el aprovechamiento del programa por varias personas, mediante la instalación de redes, estaciones de trabajo u otro procedimiento análogo, sin el consentimiento del titular de los derechos.

No constituye transformación a los efectos previstos en la presente decisión la adaptación de un programa realizada por el usuario, para su exclusiva utilización.

Se debe tener presente que las bases de datos son protegidas siempre que la selección o disposición de las materias incluidas en estas, constituyan una creación intelectual. La protección concedida no se hará extensiva a los datos o información compilados, pero no afectará los derechos que pudieran subsistir sobre las obras materiales que la conforman.

Esta declaración del entonces Presidente de la República, constituye un documento que nos permite precisar el criterio oficial para determinar cual es la forma en la que se

protege al software a nivel nacional, conteniendo varios conceptos y declaraciones que a pesar de no constituir novedad a nivel del Derecho Comparado, sin embargo, en nuestra legislación son consideradas -en su época- como de última data y acordes a la realidad que regía en dicho entonces.

De igual forma, se protege al software, a través del Copyright, entendiéndose como que la copia o imitación se halla prohibida, sin la respectiva autorización del autor, a menos que dicho objeto haya caído en el dominio público como en el caso del shareware, ya explicado en un capítulo anterior.

El Copyright debe ser entendido según el criterio que se expone, como un derecho económico que tiene el autor sobre la obra que ha realizado características que le permite tener Derechos sobre las copias de su obra, a menos que las copias realizadas no tengan fines lucrativos.

Para evitar copias ilegales existen varios mecanismos, como son la identificación del usuario y la protección del código fuente y código objeto.

La protección jurídica del software en Ecuador se complementa, a través de otras normas como la Ley de Comercio Electrónico, Firmas electrónicas y mensajes de datos, publicado en el Registro Oficial 557-S, del 17 de Abril de 2002, que contiene una serie de normas de protección jurídica, no solo al software sino a otros aspectos como son los mensajes de datos, las firmas electrónicas y la tipificación de varias conductas lesivas que se constituyen a través de esta Ley como infracciones informáticas.

CAPITULO IV:
EL SOFTWARE LIBRE

4.1.- Definición de software libre.

La biblioteca virtual Wikipedia define al software libre como “La denominación del software que brinda libertad a los usuarios sobre su producto adquirido y por tanto, una vez obtenido, puede ser usado, copiado, estudiado, modificado y redistribuido libremente”. [33]

El software libre suele estar disponible gratuitamente, o al precio de coste de la distribución a través de otros medios; sin embargo no es obligatorio que sea así, por ende no hay que asociar software libre a "software gratuito", denominado usualmente freeware cuyo significado ya fue analizado en un capítulo anterior, debido a que, conservando su carácter de libre, puede ser distribuido comercialmente ("software comercial").

Análogamente, el "software gratis" o "gratuito" incluye en algunas ocasiones el código fuente; no obstante, este tipo de software *no es libre* en el mismo sentido que el software libre, a menos que se garanticen los derechos de modificación y redistribución de dichas versiones modificadas del programa.

Tampoco debe confundirse software libre con "software de dominio público". Éste último es aquél que no requiere de licencia, pues sus derechos de explotación son para toda la humanidad, porque pertenece a todos por igual.

Cualquiera puede hacer uso de él, siempre con fines legales y consignando su autoría original.

[33] www.wikipedia.com

Este software sería aquél cuyo autor lo dona a la humanidad o cuyos derechos de autor han expirado, tras un plazo contado desde la muerte de éste, habitualmente 70 años. Si un autor condiciona su uso bajo una licencia, por muy débil que sea, ya no es dominio público.

Debemos entender que el Software Libre es aquel que, una vez que lo adquirimos, no solo tenemos a nuestro favor el derecho de uso sino se adquiere un derecho absoluto de dominio sobre aquel, ya que podemos copiarlo, venderlo, donarlo, modificarlos, reprogramarlo, mejorarlo o personalizarlo, es decir, tenemos un derecho absoluto sobre el mismo.

La legislación ecuatoriana define al software libre en el Artículo 2 del Decreto Ejecutivo No. 1014 "Utilización de Software Libre en la Administración Pública", de la siguiente manera:

Art. 2: "Se entiende por software libre, a los programas de computación que se pueden utilizar distribuir sin restricción alguna, que permitan su acceso a los códigos fuentes y que sus aplicaciones puedan ser mejoradas" [34]

En este Decreto Ejecutivo, se establece como política pública para las entidades de la Administración Pública Central, la utilización de software libre en su sistemas y equipamientos informáticos.

4.1.1.- Breve referencia histórica del Software Libre.

Entre los años 1960 y 1970, la importancia que se le daba al software era mínima, ya que todo el crédito y la valía era entregado al hardware.

El software era considerado un valor añadido al hardware y sus fabricantes lo entregaban gratuitamente a los compradores para que pudieran usarlo.

[34] DECRETO EJECUTIVO 1014 "Utilización del Software libre en la Administración Pública", publicado en el Registro Oficial No. 322 del 23 de Abril de 2008.

Esta época inicial del software se caracterizaba por que los programadores y desarrolladores de software compartían libremente sus programas entre sí, formando tácitamente un grupo de usuarios conocidos como DECUS, término derivado o formado de los usuarios de las computadoras marca DEC.

En la década de 1970 del siglo pasado, se presentó como novedad en las compañías desarrolladoras de software que, la costumbre de compartir libremente fue limitada, al establecer restricciones a sus usuarios en sus acuerdos de licencias.

En la década de 1980, la situación que se manejaba hasta ese entonces dio un giro de 180 grados. Con el hardware más potente y económico, había facilidad para que los desarrolladores y programadores de software pudieran aprovecharlo, empezando a crear nuevos tipos de programas, más amistosos con el usuario, naciendo los llamados sistemas operativos forzando a los usuarios a aceptar condiciones restrictivas que impedían realizar modificaciones a dicho software.

Si un usuario detectaba un error en el programa, solo podía darlo a conocer a la empresa que lo desarrolló, sin poder, como antes lo hacía, solucionarlo por su cuenta, por las restricciones impuestas al programa.

Una de las figuras más representativas vinculadas al software libre, Richard Stallman, al sentir las restricciones que se le impusieron al no poder accede al código fuente para arreglar el software de una impresora donada por una multinacional, tuvo, en el año de 1984, la iniciativa de trabajar en pos del software libre, a través del Proyecto GNU, lo que le llevó posteriormente, En 1985 fundar la Free Software Foundation (FSF).

4.2.- Libertades básicas del software libre.

El Software Libre consagrada una serie de 4 preceptos, que constituyen su doctrina básica y el pilar fundamental de donde se explica su presencia.

Según la Free Software Foundation, el software libre tiene que ver con la libertad que tienen los usuarios para ejecutar, distribuir, estudiar, cambiar y mejorar el software. Estas son precisamente, las cuatro libertades básicas del software libre que son:

1. La libertad de usar el programa, con cualquier propósito;
2. La libertad de estudiar el funcionamiento del programa, y adaptarlo a las necesidades;
3. La libertad de distribuir copias, con lo que puede ayudar a otros;
4. La libertad de mejorar el programa y hacer públicas las mejoras, de modo que toda la comunidad se beneficie.

Las libertades 2 y 4 requieren que esté disponible el código fuente porque su finalidad es estudiar y modificar el software y si no se cuenta con su código fuente esto no sería factible.

Ciertos tratadistas utilizan la cuarta libertad para justificar parcialmente las limitaciones impuestas por la licencia GNU, cuya explicación daremos en lo posterior, frente a otras licencias de software libre.

En la legislación ecuatoriana, de acuerdo al artículo 2 del Decreto Ejecutivo 1014 "Utilización de Software Libre en la Administración Pública", los programas de computación de software libre tienen las siguientes libertades:

a) Utilización del programa con cualquier propósito de uso común
b) Distribución de copias sin restricción alguna.
c) Estudio y modificación del programa (requisito: Código fuente disponible); y
d) Publicación del programa mejorado(requisito: Código fuente disponible).

Estas libertades, consagradas en nuestra legislación, son coincidentes con las libertades básicas que se manejan en la doctrina internacional que circula a nivel mundial sobre el software libre y que nos permite, como Estado, encontrarnos al

mismo nivel que el resto del mundo, en cuanto a lo que se refiere a este aspecto fundamental del software libre, y que, como se indicó anteriormente, se constituye como una política de Estado, que a la larga, contribuirá a implementar una cultura de software libre a nivel del país y sus programadores.

4.3.- Motivaciones del software libre.

Se ha indicado que el software libre tiene su razón de ser en varias consideraciones de carácter ético y pragmático, es decir, no se trata solo de la motivación individual o el capricho de sus programadores, sino que encontramos una serie de implicaciones que motivaron su surgimiento y posterior desarrollo.

La motivación *ética*, ha sido acogida e impulsada por la Free Software Foundation, partidaria de la libertad del software, bajo el argumento que el software es conocimiento y por lo tanto pertenece a la humanidad y su difusión no puede estar limitada bajo ningún concepto.

Si se oculta el conocimiento se estaría incurriendo en una actitud antisocial, y al tener la posibilidad de modificar el software, se está garantizando el derecho a la libertad de expresión.

La motivación *pragmática*, cuya posición es defendida por la Open Source Iniciative, organismo que procura utilizar el término “abierto”, y no “libre”.

Su argumento se basa en ventajas técnicas y económicas con respecto a evitar una situación de desventaja en quienes no pueden acceder al código fuente.

Sin embargo, estas las motivaciones éticas y pragmáticas no son las únicas existentes, ya que los libres desarrolladores de software tienen otras razones, pudiendo indicar entre otras, la simple diversión hasta las más crudas razones lucrativas.

4.4.- El copyright y copyleft.

En primera instancia debemos hacer mención que el término copyleft se lo ha utilizado como un antónimo al de copyright (derechos de autor).

Literalmente traducido vendría a significar, entonces, "izquierdos de autor".

Incluso, su logotipo, no reconocido todavía en legal forma, es el de una letra "c" invertida, en inglés "reversed C".

Se entiende por copyleft, a aquel grupo de derechos de autor caracterizados por eliminar las restricciones de distribución o modificación impuestas por el copyright, sumadas a la condición de que el trabajo derivado se mantiene bajo el mismo régimen de derechos de autor que el original.

El copyleft se ha presentado como una nueva tendencia a nivel mundial en el tema de los derechos de autor, precisamente por su oposición radical a éste.

Nuestra legislación nacional no acoge al copyleft, por cuanto, como es de conocimiento público, la Ley de Derechos de Autor protege al copyright. Sin embargo, es nuestro criterio que la legislación nacional se abra hacia la posibilidad de acoger al copyleft, por las implicaciones que este representa, uniéndonos de esta forma a la gran corriente mundial que existe sobre este tema.

Hay que aclarar que el actual gobierno nacional, a través del Decreto Ejecutivo No, 1014, ya deja abierta la posibilidad de que en un futuro, que no nos parece muy lejano, se adopte una política sobre copyleft.

El copyleft ha sido utilizado para proteger una variada diversidad de obras artísticas, de cultura y ciencia, pero su utilidad principal ha sido en el área informática, en la producción y desarrollo de software.

Quienes apoyan al copyleft lo proponen como una alternativa a las restricciones del copyright, en cuando a lo que se refiere a la modificación y distribución (derechos económicos), pretendiendo que exista libertad para que cada persona que reciba una copia del programa pueda a su vez modificar y redistribuir su trabajo y las versiones que se deriven del mismo.

Por esta razón, podemos afirmar con planea certeza, de acuerdo a nuestra Ley de Derechos de Autor y a todos los acuerdos internacionales que rigen el tema, a nivel mundial, que se trata de una franca oposición al copyright tradicional.

Los inicios del copyleft han sido fijados en el año de 1984, bajo el auspicio del antes mencionado Richard Stallman, quien, al encontrar la oposición de las empresas desarrolladoras de software de entregar el código fuente de sus programas, actitud que bautizó como “software hoarding”, o “acaparamiento del software”, decidió crear, bajo el régimen legal existente, su propia licencia de derechos de autor, denominada LICENCIA PUBLICA GENERAL (GNU), considerando adicionalmente, que las legislación de copyright, no era factible de cambio en un corto plazo, por las

implicaciones económicas que concedían los derechos de autor.

De acuerdo a nuestra Ley de Derechos de Autor, puede existir las llamadas obras derivadas, previa la autorización de su autor y bajo ciertas condiciones, que de ser incumplidas, puede generar la pérdida del permiso o autorización conferida.

En el caso de la licencia GPL, los derechos otorgados a los licenciatarios del programa original, quedan sujetos a la condición de que los mismos otorguen similares libertades al momento de la nueva distribución.

Por lo tanto un programa sujeto a Copyleft no puede modificarse ni distribuirse a menos que se haga bajo los términos y condiciones de la GPL, y cualquier modificación a los términos autorizados por esta última extinguirá los derechos surgidos de la licencia. Jurídicamente, funciona como una "*condición resolutoria*" que subordina la resolución de un derecho adquirido a un hecho incierto y futuro.

La existencia del *copyleft* marca la diferenciación sustancial entre los programas que se encuentran en el dominio público y aquellos sometidos a la licencia de software libre. En estos últimos siguen persistiendo los derechos de autor, que quedan en cabeza del licenciatario original, quien renuncia a los derechos de explotación económica exclusiva de lo creado, sujeto a la condición que los trabajos derivados realicen una similar resignación.

Por lo tanto la vulneración de alguna de las cláusulas analizadas anteriormente, como ser el acto de añadir nuevas restricciones no previstas, conlleva la revocación de la autorización conferida, la que deja de ampararle al licenciatario y su trabajo derivado, el cual entonces resulta violatorio de los derechos del autor del trabajo original.

Hay que hacer constar que el titular de los derechos de autor (copyright) de un software bajo licencia copyleft puede también realizar una versión modificada bajo su copyright original, y venderla bajo cualquier licencia que desee, además de distribuir la versión original como software libre. Esta técnica ha sido usada como un modelo de negocio por una serie de empresas que realizan software libre; esta práctica *no* restringe ninguno de los derechos otorgados a los usuarios de la versión copyleft También podría retirar todas las licencias de software libre anteriormente otorgadas, pero esto obligaría a una indemnización a los titulares de las licencias en uso. En España, toda obra derivada está tan protegida como una original, siempre que la obra derivada parta de una autorización contractual con el autor.

En el caso genérico de que el autor retire las licencias copyleft, no afectaría de ningún modo a los productos derivados anteriores a esa retirada, ya que no tiene efecto retroactivo.

En términos legales, el autor no tiene derecho a retirar el permiso de una licencia en vigencia. Si así sucediera, el conflicto entre las partes se resolvería en un litigio.

4.5.- Derechos de autor, licencias y software libre.

Desde la perspectiva legal y de acuerdo a la Ley de Derechos de Autor, el software puede presentarse o bien amparado por dicha Ley o pertenecer al dominio público.

El Convenio de Berna, dentro de sus preceptos, incluyó el que no se exija el requerimiento de formalidades para que se considere como una obra protegida bastando tan solo con su creación, sin embargo, hay que destacar la gran utilidad que presta el registro de la obra, sobre todo con fines de prueba y para solucionar casos de plagio.

Hay que aclarar, que una licencia es aquella autorización formal con carácter contractual que un autor de un software da a un interesado para ejercer "actos de explotación legales".

Pueden existir tantas licencias como acuerdos concretos se den entre el autor y el licenciatario. Desde el punto de vista del software libre, existen distintas variantes del concepto o grupos de licencias:

En consideración a lo expuesto, en este acápite se tratará acerca de los diversos tipos de licencia de software y sus implicaciones legales.

4.5.1.- Software Propietario

Es aquel protegido por las leyes de Derecho de Autor, por las normas de copyright.

Su presencia es anterior al software libre, el mismo que surge como una respuesta social antagónica al primero.

Carácterísticas del Software Propietario.- Los elementos que caracterizan al software propietario son:

1.- Solo su creador conoce el Código Fuente.

2.- Solo está permitida su utilización, se encuentra prohibida su distribución y su modificación.

3.- La licencia se vende para un número limitado de computadoras.

4.- Siempre se limita la condición de transferencia a terceros.

Como se deja indicado, la característica fundamental del software propietario es el secreto en cuanto al Código Fuente, ya que el modelo de propiedad intelecual recae sobre el código que se considera el bien más preciado de la empresa desarrolladora del software.

Para conseguir que el Código fuente se mantenga en secreto, se pueden utilizar dos métodos.

El primero, llamado directo, es evitar incluirlo en el programa, de tal forma que el usuario nunca tendrá acceso al mismo.

La segunda forma, llamada indirecta, es conseguir su protección como secreto industrial o empresarial y sobre todo procurando impedir acciones como la descompilación o la ingeniería inversa

Con relación a la distribución, hay que en recordar que el software propietario la misma está limitada, solo se autoriza el uso a quien lo adquiere y se prohíbe que sea distribuido o entregado a otras personas ya que uno de los principios característicos del software propietario radica en que solo el licenciatario puede utilizar el programa y tan solo en una computadora.

La característica sobre transferencia a terceros radica en que el software no puede ser transferido desde el licenciatario a otra persona, salvo muy contadas excepciones guardando restricciones muy estrictas por una sola ocasión y asegurándose que el nuevo licenciatario no lo transferirá nuevamente.

Por lo general, las normas que amparan el copyright tienen muy definido esta

restricción y tipifican como delito su transgresión.

En cuanto a su utilidad, el software propietario es similar al software libre, es decir, pueden ejecutar similares ordenes con igual rapidez, calidad y precisión e incluso en su estructura técnica. La diferencia entre ambos radica en la licencia, es decir, en los aspectos jurídicos y legales que lo amparan, existiendo encontes, la llamada LICENCIA PROPIETARIA y la LICENCIA LIBRE.

4.5.1.1.- Licencia Propietaria.

Surge desde los inicios de las normas del copyright y se ha venido consolidando como el método tradicional.

Le confiere al comprador del software, el derecho de uso del programa, es decir, su ejecución tan solo en el número de copias adquiridas.

Todas las condiciones de uso del programa se especifican en la licencia, la misma que se conoce por sus siglas en inglés como EULA, END USER LICENSE AGREEMENT, traducido a nuestro idioma como Licencia con el Usuario Final, constituido como el instrumento jurídico en donde se definen y estipulan los términos bajo los cuales el usuario adquiere el software y se contemplan sus derechos y obligaciones, documento que en muchas ocasiones contiene cláusulas leoninas y que protegen en su mayoría de veces, únicamente a la empresa desarrolladora del programa, dejando prácticamente en la indefensión al usuario.

4.5.2.- Licencia Libre

Constituye la parte antagónica a la licencia propietaria.

Se caracteriza por cuanto su creador garantiza la libertad al usuario para su acceso al Código Fuente, permitiendo su modificación, arreglo, copia, distribución, es decir, consagrando las cuatro libertades básicas del software libre, tema que ha sido ya analizado anteriormente.

Toda licencia de software libre se asemeja por el respeto a las cuatro libertades, y se diferencia por las cláusulas adicionales que se le añaden, como por ejemplo el periodo de tiempo que se deja disponible el código fuente al licenciatario, etc.

Se considera, por la acepción idiomática, que el freeware pertenece a la categoría del software libre, debido entre otros aspectos, a su distribución gratuita, sin embargo, vale aclara que a pesar que el freeware brinda la posibilidad de uso y de distribución prácticamente ilimitada, sin embargo no es posible considerarlos como software libre, por cuanto no conceden acceso al código fuente.

4.5.3.- Licencia Pública General (GPL)

La Licencia Pública General o GPL es la abanderada del movimiento del Software Libre.

Sus orígenes se remontan al año 1986, como sucesora de la llamada *Emacs General Public License*.

Su creador fue Richard Stallman junto con un equipo de abogados y su primera versión vió la luz en febrero de 1986.

Sin temor a equivocarnos podemos afirmar que la GPL es la licencia libre por excelencia y la más importante dentro de las licencias de este tipo, al ser utilizada en el 75% de los casos de software libre a nivel mundial.

La licencia GPL contiene 2 partes: el preámbulo y los términos y condiciones para su distribución y modificación

La sección de términos y condiciones inicia definiendo elementos como el programa y trabajos basados en el, pero no desde un punto de vista informático, sino con un carácter general, e incluso filosófico, deduciendo que considera al programa a la obra licenciataria sin importar su naturaleza.

El 'trabajo basado en el Programa' se acoge perfectamente a la definición de "obra derivada", muy utilizada en el Derecho de Autor y es aquel que se obtiene como resulta do de una adaptación, traducción, extensión o utilización parcial o total del mismo. A pesar de que fue diseñada para ser aplicada genéricamente a cualquier trabajo no puede escapar de su objetivo principal: el software.

A continuación establece, a juicio del autor, de manera innecesaria que las acciones que no sean la copia, distribución y modificación salen del ámbito de la licencia y es que sencillamente al no ser regulados por ella tienen que regularse por la norma que la fundamente que en muchos casos es la que regula lo relativo al derecho de autor.

Como todo software libre garantiza las cuatro libertades básicas.

Hay que destacar dos diferencias importantes con el software libre, puro y simple:

1.- Las licencias libre permiten su uso sin restricción alguna, en tanto que la GPL puede contener ciertas restricciones.

2.- La segunda diferencia presenta un problema jurídico, ya que en el sistema de protección de los derechos de autor, al conceder derechos al creador, se excluye a terceros de su ejercicio, por lo tanto, su autor debe conceder explícitamente a otros la posibilidad de gozar de alguno de sus derechos para que sea totalmente legitimo su

uso por arte de terceros. Sin embargo la licencia GPL no respeta esto, debido a que establece en su contenido que el acto de ejecutar un programa no está restringido.

En la licencia GPL, su autor conserva sus derechos como autor (copyright) pero permitiendo su redistribución y modificación bajo los términos del software libre, en decir, se posibilita su distribución, modificación, corrección, solo bajo este tipo de licencia, de forma tal que si se reutiliza en un mismo programa código "A" licenciado bajo licencia GNU GPL y código "B" licenciado bajo otro tipo de licencia libre, el código final "C", independientemente de la cantidad y calidad de cada uno de los códigos "A" y "B", debe estar bajo la licencia GNU GPL.

4.5.4.- Licencia BSD

Toman su nombre de los sistemas operativos BSD y por cuanto este tipo de licencias son utilizadas en su gran mayoría en ellos.

El autor, bajo tales licencias, mantiene la protección de copyright únicamente para la renuncia de garantía y para requerir la adecuada atribución de la autoría en trabajos derivados, pero permite la libre redistribución y modificación, incluso si dichos trabajos tienen propietario.

Este tipo de licencias, no tienen mayores limitaciones, al punto que pueden ser combinadas con licencias GPL.

Algunos tratadistas dicen que se trata de un verdadero software libre debido a que el usuario tiene libertad ilimitada con respecto al software, incluso, se puede decidir redistribuirlo como software propietario.

Existen, sin embargo, críticas a esta opinión, orientadas a destacar que este tipo de licencia no contribuye al desarrollo de más software libre, utilizando la siguiente

analogía: “una licencia BSD es más libre que una GPL si y sólo si se opina también que un país que permita la esclavitud es más libre que otro que no la permite”

4.5.5.- Licencias estilo MPL (MOZILLA PUBLIC LICENSE) y derivadas.

Esta licencia es de Software Libre y tiene un gran valor porque fue el instrumento que empleó Netscape Communications Corp. para liberar su Netscape Communicator 4.0 y empezar ese proyecto tan importante para el mundo del Software Libre, conocido como Mozilla. Se utilizan en gran cantidad de productos de software libre de uso cotidiano en todo tipo de sistemas operativos.

La licencia MPL (Mozilla Public License) es de Software Libre y promueve eficazmente la colaboración evitando el efecto "viral" de la GPL (al usar el código licenciado GPL, el desarrollo final tiene que estar licenciado GPL).

Desde un punto de vista del desarrollador, la GPL presenta un inconveniente al encontrar franca oposición a su uso.

No obstante la MPL no es tan excesivamente permisiva como las licencias tipo BSD, al punto que son denominadas “copyleft débil”.

Hay que destacar que la MPL fue la primera licencia nueva después de muchos años, que se encargaba de algunos puntos que no fueron tenidos en cuenta por las licencias BSD y GNU.

En el espectro de las licencias de software libre se la puede considerar adyacente a la licencia estilo BSD, pero perfeccionada.

4.5.7.- Licencia de Uso.

No podemos concluir este capítulo sin entregar una breve explicación de lo que constituye la licencia de uso.

Si entendemos al software como un bien inmaterial sujeto a los derechos de propiedad intelectual, su autor, a los efectos de su explotación, tiene dos opciones básicas. O cede la titularidad de los derechos de económicos derivados de su condición de autor (cesión de derechos) o autoriza a los terceros el uso y goce del bien producido. En este caso nos encontraremos frente una licencia de uso.

La licencia de uso es el contrato por el cual titular de un software transfiere a la otra parte, la licenciataria, el uso y goce de sobre el programa.

Desde el punto de vista contractual, no implica la transmisión de un derecho ni produce el cambio de titularidad en forma total o parcial.

El desarrollador o creador del software conserva las acciones derivadas de su titularidad, así como la facultad de otorgar a otros la explotación salvo que la hubiera otorgado con exclusividad.

CAPITULO V:
LA NECESIDAD DE ADAPTACION DE LAS NUEVAS FIGURAS DE SOFTWARE EN LA LEGISLACION NACIONAL

5.1.- Consideraciones sobre el avance de la tecnología y su relación con el Derecho.

El carácter dialéctico del Derecho ha sido la causa para que podamos ser testigos de grandes cambios en su estructura.

El Derecho no es estático ya que una de sus principales características ha sido su predisposición al cambio, al avance, a la adaptación de las nuevas circunstancias sociales al ordenamiento legal, con mayor o menor rapidez, dependiendo del sistema jurídico que se maneje en cada uno de los Estados.

Así tenemos, que los sistemas jurídicos como el Anglosajón, al tener una tendencia consuetudinaria y al no tener una preminencia escrita, las situaciones comunes, los hechos y circunstancias sociales son más factibles de ser regulados por la norma que se maneja.

Es precisamente y no por coincidencia, que en los países en donde rige el sistema consuetudinario, principalmente, Estados Unidos o Inglaterra, en los cuales exista un mayor desarrollo de la legislación informática, estando siempre a la vanguardia con respecto a otras latitudes y sirviendo de referente para adoptar este tipo de normas en países como el nuestro, en donde rige un sistema jurídico escrito, más lento a la adopción de cambios que se presentan en la sociedad.

Como ejemplo a lo indicado podemos citar lo expuesto en el capítulo anterior, sobre la creación del software libre, cuyo principal mentalizador, Richard Stallman, lo ideó

junto con un grupo de abgados en el año de 1986, y acogido por el sistema jurídico de los Estados Unidos. Han transcurrido desde entonces 26 años y todavía no tenemos en legislaciones como la nuestra una constancia o una adopción de un tema tan común a nivel del derecho informático, sino tan solo una ligera referencia, que consta en el Decreto ejecutivo No. 1014 "Utilización del Software Libre en la Administración Pública".

La tecnología avanza vertiginosamente, al punto que se dice que un equipo de cómputo que adquirimos, casi inmediatamente de hecha la trasacción comercial, es considerado obsoleto.

No olvidemos, para destacar lo indicado, la famosa Ley de Murphy que establece que la capacidad de los equipos de computación, se duplica cada 18 meses.

Esto nos da una ligera idea de cómo la tecnología avanza a un ritmo acelerado, en tanto que la legislación, no.

Y lo que es más, en el momento que el legislador acoge los cambios y los adopta como parte integrante de la norma, ya han aparecido nuevas figuras que necesitan ser acogidas legalmente.

En el campo penal, la situación es preocupante, debido a la prohibición de analogía y sobre todo al principio de legalidad, esto es, no hay delito, no hay pena, sin una ley previa que lo establezca.

Supongamos que se pretenda juzgar como delito una situación nueva que surja. Al no existir como tipo penal, el Fiscal, en el periodo de la indagación previa no tendría otra opción que desestimarla por no estar tipificada como delito.

Como ejemplo, vale recordar casos como aquel funcionario que sustraía

electrónicamente de las cuentas bancarias, los centavos de los clientes, quienes al ver el poco monto que representaba no le prestaban mayor atención, pero que acumulados, de una gran cantidad de clientes, cientos o tal vez miles, representaban mucho dinero, en la técnica conocida como “salami techniques”.

El funcionario nunca pudo ser juzgado por no encontrase tipificada esta conducta como delito.

Siguiendo la corriente mundial, nuestro país ha acogido al sistema actual contenido en la Ley de Propiedad Intelectual en donde se protege a los derechos de autor desde una perspectiva cerrada, sin incluir otras posibilidades de protección, incluso, desconociendo y cerrando por completo a otras figuras jurídicas que se han presentado en otras latitudes, tal como, el software libre, que no es reconocido en la Ley antes citada.

Hay que mencionar que el software libre no se trata, de una novedad a nivel mundial en materia informática y jurídica, sino nos encontramos frente a una realidad, de la que muchos tratadistas afirman que es lo que regirá en un futuro.

Parece ser que las implicaciones económicas que rodean a la actual forma de protección de los derechos de autor en el campo, no solo de la informática, sino de todas las creaciones, es lo que motiva este estancamiento, debido a que las regalías que producen se verían limitadas, ya no se generarían grandes sumas de dinero, que han creado los imperios económicos y a los hombres más ricos del mundo, como en el caso de Bill Gates.

El futuro de los derechos de autor radica en el software libre, en su libertad de acceso, en la colaboración de todos quienes tengan la capacidad de mejorar un programa y optimizar su uso, pero sobre todo, consideramos que el aliciente sería el de la libertad del conocimiento, en su libre acceso sin restricciones para todos, en alcanzar una

sociedad de información en donde todas las personas, sin restricción alguna, sean partícipes de esta nueva revolución en la información.

5.2.- El software libre y su inclusión en la legislación actual.

Como se indicó en el capítulo anterior, nuestra legislación nacional acogió la doctrina del software libre gracias al Decreto Ejecutivo No. 1014 "Utilización del software libre en la Administración Pública", publicado en el Registro Oficial No. 322 del 23 de Abril de 2008, documento en donde se establece como política pública del Estado Ecuatoriano, la utilización de software libre en la administración pública central.

Esta norma nos trae una definición de software libre, que vale la pena volver a indicar: "Art. 2.- Se entiende por software libre, a los programas de computación que se pueden utilizar y distribuir sin restricción alguna, que permitan su acceso a los códigos fuentes y que sus aplicaciones puedan ser mejoradas.

Estos programas de computación tienen las siguientes libertades:

Utilización del programa con cualquier propósito de uso común;

Distribución de copias sin restricción alguna;

Estudio y modificación del programa (requisito: código fuente disponible); y,

Publicación del programa mejorado (requisito: código fuente disponible)". [35]

A pesar de habernos ya referido en el capítulo anterior acerca de la definición puntualizada, vale la pena destacar que se trata de un documento que consideramos

[35] Decreto ejecutivo No. 1014 "Utilización del software libre en la administración pública. Publicado en el Registro oficial No. 322 del 23 de Abril del 2008.

como pionero en el desarrollo del Derecho Informático nacional, tal como lo fue en su tiempo la Ley de Comercio Electrónico, y que a nuestro criterio, se encuentra apegado a la tendencia integracionista mundial, mediante la cual se pretende la uniformidad de criterios en esta rama jurídica, al crear una legislación de carácter similar a nivel mundial, tendencia que ha sido acogida por varios países de América y de Europa, creando de esta forma una tendencia similar en el Derecho Informático, de igual forma como sucedió en su tiempo con el Comercio Electrónico.

5.3.- Tendencias a nivel mundial acerca de la patentabilidad del software.

Como se analizó en un capítulo anterior, existe a nivel mundial una tendencia acerca la patentabilidad del software. En este punto analizaremos, los argumentos a favor y en contra de la patentabilidad del software.

EE.UU. permite expresamente el patentamiento de programas de computación. Argentina, en cambio, excluye a los programas de computación como invención patentable porque entiende que se trata de una elaboración intelectual sin carácter industrial, y les otorga protección mediante la ley de derechos de autor (ley 11.723). Esto quiere decir que no se puede patentar software, inclusive si se lo carga a una computadora o se lo presenta como un registro de un portador de grabación. [36]

Apreciamos dos posiciones acerca de la patentabilidad del software, la estadounidense, que la acoge y la Argentina que se opone a ella al considerar que se trata de una creación intelectual sin carácter industrial y lo protege de acuerdo a su legislación por su Ley de derechos de autor, situación que coincide con nuestra

[36] Sánchez, Gonzalo. Patentes del software Vs. Derechos de Autor. Artículo publicado en www.sanchezlupi.com

legislación ecuatoriana, en donde se descarta la patentabilidad del software por no ser una creación novedosa, es decir, en donde rige las normas de la propiedad industrial.

El problema que plantea el hecho de que el software sea protegido a través de una patente o por los derechos de autor es una situación de gran trascendencia e implica varias consideraciones de índole jurídica, que serán analizadas, como argumentos a favor y argumentos en contra.

5.3.1.- Argumentos a favor.

La normativa aplicable sobre patentes, como regla general otorga mayor protección que los derechos de autor, ya que constituye una especie de monopolio temporal. Esta es la razón por la que se pretende, por parte de muchos sectores patentar el software.

Los sectores que fomentan el uso de patentes para proteger el software son las grandes empresas desarrolladoras cuyo objetivo es lograr la máxima protección posible a sus creaciones, quienes se encuentran en franca oposición de quienes promueven el software libre.

Las tendencias hacia la patentabilidad del software se originan en el argumento de la insuficiente protección que les concede las normas sobre derechos de autor, indicando que este régimen de protección solo puede amparar la protección a la expresión de una idea pero no de una idea en sí.

Siendo posible además, que los programadores y creadores de software pueden tomar esa idea y desarrollar nuevos trabajos, sin infringir derechos de autor de terceros.

Los que argumentan a favor de la patentabilidad del software manifiestan que esta situación no se presenta si el programa informático se protege mediante una patente,

debido a que el titular goza de un derecho de explotación exclusivo de la idea por el periodo de vigencia de la patente.

Otro argumento a favor está constituido por las estrategias de negocios defensivas.

"En ocasiones, existen puntos técnicos de contacto entre las intrincadas patentes de software que favorecen el crosslicensing entre empresas en conflicto por violación de patentes. Es decir, estas empresas se otorgan mutuamente licencias para explotar los aspectos técnicos en conflicto, y de esta forma evitan litigios". [37]

En el Derecho de Patentes, el cross licensing es el acuerdo según el cual, dos o más partes se conceden una licencia entre sí para la protección de la materia reivindicada en uno o más de las patentes que cada uno de ellos posee. Se facilita la comprensión de este concepto al indicar que la traducción literal de "cross licensing" es de "licencia cruzada".

Otro de los argumentos que se dan a conocer manifiestan que los programadores de software, se sienten estimulados a crear más programas al sentir la mayor protección que aparentemente les confiere la patentabilidad del software al pensar que su periodo de explotación bajo exclusividad va a permanecer más tiempo, justificando con ello la inversión en investigación y desarrollo.

De igual forma, y como otro argumento a favor, el programador, al contar con una patente sobre su programa, en caso de detectar una violación a su derecho, puede perseguirlo judicialmente y reclamar las indemnizaciones que le correspondan, situación que no difiere mucho de la protección por la propiedad intelectual.

[37] Sánchez, Gonzalo. Patentes del software vs. Derechos de Autor. Artículo publicado en www.sanchezlupi.com

5.3.2.- Argumentos en contra

Un primer argumento plantea que la patentabilidad del software frena la innovación debido a que no permite que otras personas utilicen y exploten una idea perteneciente a un tercero.

Otro criterio que defiende la oposición a que el software sea patentable manifiesta que la protección que otorga una patente es territorialmente restrictiva y temporalmente inadecuada.

La patente tiene validez territorial, es decir que vale dentro de la jurisdicción de la oficina de patentes. Para obtener validez mundial, el invento se debe patentar en cada jurisdicción. El proceso puede ser lento y costoso. Pequeñas y medianas empresas o individuos en general no tienen los recursos para afrontar este tipo de protección. En cambio, obtener protección mediante derechos de autor es mas simple y se logra generalmente cuando el software se publica (en algunos países se requiere obtener un registro para que sea oponible a terceros).

El Convenio de Berna, incluso, protege internacionalmente los derechos de autor.

Como se conoce, el plazo de monopolio de una patente es de 20 año, tiempo que es excesivamente largo en relación al tiempo de duración del software, el mismo que dura muy poco ya que siempre se encuentran apareciendo nuevas y mejoradas versiones.

Otro argumento en contra de la patentabilidad del software radica en los onerosos costos económicos que representan las acciones legales cuando se viola una patente en comparación a los costos por violaciones a derechos de autor, ya que en muchos países los abogados especialistas en patentes tienen que estar registrados y

habilitados para tratar estos temas, por lo cual sus honorarios suelen ser mayores.

Así por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, el costo de un litigio por violación de patentes en donde se reclame una indemnización entre un millón de dólares hasta veinte y cinco millones de dólares, es de aproximadamente medio millón de dólares. Esto significa para el pequeño y mediano empresario, una gran limitación por lo oneroso de los costos, accesible únicamente para las grandes corporaciones.

Como se ha indicado, a pesar que la tendencia mundial es continuar los estudios para lograr que el software sea protegido a través de patentes, sin embargo, en Ecuador nuestra legislación no lo permite, ya que considera como no patentable al software y su protección se enmarca en lo que indica la Ley de Propiedad Intelectual a través de los derechos de autor.

5.4.- Piratería del software.

Crítica es la situación a nivel mundial sobre la piratería del software, a pesar de los esfuerzos realizados, la situación permanece casi sin cambios, así "Durante 1995, a nivel mundial, el equivalente a 15.2 billones de dólares fueron copiados ilegalmente. Países como E.U.A., Francia, Alemania e Inglaterra tienen leyes severas de protección de derechos de autor. Sin embargo, estos países contribuyen con un gran porcentaje en la piratería de software: 39%. El problema es aún mayor en países sin leyes de protección a desarrolladores de software". [38]

Se trata de un mal común en la mayor parte de las legislaciones mundiales y un problema de gran trascendencia en los países en vías de desarrollo, quienes en la actualidad son los mayores perpetradores en materia de piratería informática.

[38] Vales Espinal, María Guadalupe. Protección Jurídica del Software. Artículo publicado en www.nodata7.tripod.com

Para ejemplo, citemos la situación que se vive en nuestro país, en donde basta recorrer cualquier de nuestras ciudades, en donde en los sectores más céntricos, a vista y paciencia de todo tipo de autoridades llamadas al control, se expenden los programas de computación que cualquier usuario requiera a precios irrisorios, que van entre uno a cinco dólares.

Bajo ninguna circunstancia los autores de esta Tesis justificamos esta violación a la Ley de Propiedad Intelectual, pero el acceso a un programa que en su versión propietaria, u original, se encuentra en rango de precios superior a los treinta, cuarenta o varios cientos de dólares, en bastante tentador para los transgresores de la norma.

La piratería del software afecta tanto a los consumidores y en forma especial a sus creadores, debido a que en muchas ocasiones aumenta el riesgo a que el computador del usuario final sea afectada al sufrir daños al recibir un programa defectuoso, e incluso infectado por virus.

Además, quien vende software pirata nunca le va a suministrar servicio técnico y adicionalmente, en la mayoría de casos, el usuario no podrá tener acceso a la totalidad de beneficios del programa

Uno de los grandes problemas radica en el perjuicio que se causa a su desarrollador, a quien se causan grandes perjuicios económicos.

Podemos clasificar a la Piratería de la siguiente manera: Piratería de usuario final, piratería del revendedor, violación de marca registrada y piratería de Internet.

La piratería de usuario final es aquella que se presenta cuando de una sola computadora con licencia el programa es copiado en otras, en forma ilegal, es decir,

sin la respectiva autorización o compra de licencia. Es el tipo de piratería en la que incurren ciertos vendedores de computadoras, que han adquirido una licencia pero la copian sin restricción alguna en todas las computadoras que venden, hecho que se presenta en forma muy frecuente en nuestro país.

La piratería del revendedor consiste cuando un revendedor distribuye copias de un único software a varios clientes. Esto se presenta con frecuencia en los sistemas operativos y el software que viene precargado en computadoras nuevas, el usuario no recibe manuales, acuerdos de licencia, ni ningún documento que acredite la legalidad del programa.

También se presenta cuando el revendedor imita los embalajes o cajas en donde originalmente viene empacado el software original, produciendo u originando el engaño en el comprador.

La piratería del revendedor se puede identificar por cuanto utilizan el mismo número de serie en todos los programas que venden, falta de los documentos originales y la configuración incompleta

La violación de marca registrada ocurre cuando una empresa no autorizada se presenta como distribuidor autorizado de un software o usa indebidamente un nombre de marca registrada, infringiendo las normas que sobre propiedad intelectual existen.

La Piratería de Internet ocurre cuando el software que se encuentra a disposición en la red es utilizado indebidamente al disponer en forma no autorizada del mismo, violando de esta forma los derechos de autor de sus creadores, como en el caso, por ejemplo de los diferentes software antivirus que se ofrecen por internet, los mismos que en un principio son ofrecidos bajo una modalidad shareware, para ser utilizados por determinado tiempo, concluido el mismo, el usuario se debe registrar y pagar un

valor para tener pleno acceso. Muchos hackers al tener la versión gratuita, violan sus protecciones y tienen a su cargo un programa que les sirve sin limitaciones, incurriendo de esta forma en este tipo de piratería.

5.5.- Derechos de autor en Internet.

Es claramente palpable la presencia de la informática en la vida moderna y su relación en todos los aspectos.

En el caso que nos atañe, los derechos de autor no son la excepción.

Sin embargo, dada la especial forma como se presenta el Internet, surge la inquietud de todos los tratadistas, acerca de cual es la forma como podemos manejar la situación de los derechos de autor, debido a que el Internet no es un medio escrito, es más, no tiene una presencia física e incluso no tiene propietario definido, sino que es libre y de acceso para todo aquel que tenga los medios informáticos adecuados.

Todas las inquietudes planteadas nos llevan a plantear como o en donde tiene cabida la propiedad intelectual y cual es la legislación aplicable.

Henrique Gandelman en su libro De Gutenberg a Internet afirma que "las preguntas se suceden y las respuestas no siempre consiguen explicarlas correctamente". Internet es una creación que tiene relativamente poco tiempo y por su novedad existen situaciones que no se habían dado anteriormente. "Sólo la experiencia y el tiempo dirán qué caminos seguir y proporcionarán los cánones jurídicos actualizados por la nueva cultura en lo que se refiere a la protección justa de los derechos de autor." [39]

[39] Galdelman H. De Gutenberg á Internet: direitos autorais na era digital. Rido de Janeiro: Record, 1997: p.36-7, 152.

El principal problema que se genera en relación a los derechos de autor y su presencia en el Internet tiene que ver con la determinación del ámbito de su protección en el marco de temas como definción de derechos, régimen de excepciones, administración y ejercicio de los derechos o su jurisdicción, etc.

Este principal problema lo podemos resumir en tres aspectos:

1. Las "alteraciones digitales" de las obras protegidas, en el aspecto “moral”, por el cual el autor puede oponerse a cualquier alteración de la obra

2. El segundo aspecto radica en el ejercicio de los derechos patrimonial y la necesidad de garantizar su ejercicio.

3. La última cuestión se refiere al ejercicio real de las excepciones o limitaciones al derecho de explotación, que garantice el acceso en condiciones de igualdad a la educación, la cultura y el conocimiento (información en general) en el entorno virtual.

Estas tres consideraciones nos llevan a señalar que, las nuevas regulaciones sobre el tratamiento del derecho de autor en el entorno digital, deben tener como parámetro el tantas veces mencionado equilibrio que debe haber entre estos derechos y los derechos fundamentales de educación y cultura, con el fin básico de garantizar que aquellas que se consideren como eventuales infracciones en el ambiente digital, no signifiquen de manera alguna un menoscabo de tales garantías fundamentales. [40]

La presencia de los derechos de autor en Internet ha generado nuevas situaciones que han motivado la necesidad de preguntarnos si la actual legislación es suficiente para acogerlas y regular su tratamiento

[40] GONZALEZ, Jorge. Derechos de autor en Internet. Artículo publicado en www.monografías.com

Tres son las posiciones que han surgido en torno a esta inquietud y serán analizadas a continuación:

1.- Teoría Neoclásicas o Conservadora: Se fundamenta en considerar que el derecho de autor actual es perfectamente válido para regular la explotación económica de la obra por la vía on line (en línea).

Considera que la legislación sobre derechos de autor es plenamente aplicable a las situaciones que se presentan en Internet, requiriendo en algunas circunstancias ligeras reformas que sirvan para adaptar las prerrogativas patrimoniales de los autores.

2.- Teoría Minimalista: Plantea una posición contraria a las Teorías Neoclásicas o Conservadoras.

Su característica principal se centra en considerar que los derechos de autor no tiene, bajo ningún concepto, espacio en Internet.

Esta posición ha generado una nueva corriente de teorías que han sido llamadas "Teorías Pro Informáticas" y su principal argumento radica en considerar que el Internet se presenta como un espacio en donde circula y se presenta información libremente a favor, o en beneficio de los usuarios, garantizando sobre todo la libertad al acceso a la red, y toda posición que se oponga sus preceptos, significaría un menoscabo a la libertad de la información.

Imponer limitaciones, manifiestan, carece totalmente de sentido, ya que el ambiente digital impide ejercer controles sobre la utilización y el destino de las obras, y por lo tanto se hace imposible establecer responsabilidades.

3.- Teorías Moderadas o Eclécticas: Como indica su nombre, implican un equilibrio

entre las dos Teorías previamente analizadas, otorgando por lo tanto un punto medio entre los derechos de los usuarios.

La Teoría Ecléctica concibe a los derechos de autor como un derecho instrumental, elevado a la categoría de los derechos humanos cuya finalidad es facilitar la protección de otros derechos, considerados como inherentes al hombre, como son la educación y la cultura.

Vistas las tres posiciones, claramente, como libre pensadores, nos inclinaríamos por apoyar las Teorías Eclécticas, siempre con la intención de aportar para su inclusión plena dentro del ordenamiento jurídico nacional, sobre todo si es nuestro criterio que tanto la información y su acceso, deben ser tomados como derechos fundamentales, y reconocidos como tal incluso en las más altas normas legales del Ecuador.

CONCLUSIONES.

1. La Constitución vigente reconoce a los Derechos de Autor como un derecho fundamental y con carácter de exigible frente a la Administración Pública en lo referente a su tutela y protección.

2. La normativa legal vigente en el Ecuador sobre el software como Derecho de Autor no se adapta a las necesidades actuales y necesita ser reformada.

3. El Derecho, como norma social de protección, a pesar de su carácter dialéctico, no puede adaptarse al acelerado desarrollo de la tecnología y a los avances que se dan en la informática.

4. La legislación vigente sobre Derechos de Autor ha alcanzado tal grado de desarrollo que resulta en la actualidad, casi imposible que su contenido pueda ser aplicado a los avances que el software ha tenido en esta materia.

5. El desarrollo del software ha motivado la aparición de nuevas formas programas que no se encuentran reguladas por el Derecho de Autor, como el caso del Software Libre y los diferentes tipos de licencia que lo acogen.

6. No existe en el Ecuador una norma jurídica que incorpore las licencias de software libre, a pesar de existir el reconocimiento oficial del Estado a esta figura, a través del Decreto Ejecutivo No. 1014 "Utilización del Software libre en la Administración Pública", publicado en el Registro Oficial No. 322 del 23 de Abril de 2008.

7. Existe una tendencia a nivel mundial para abandonar la protección jurídica del software a través de los Derechos de Autor y encasillar su protección a través

de los Derechos de Patentes.

8. El Internet se ha constituido en la actualidad en el lugar en donde se viola con mayor frecuencia los derechos de autor del software, situación originada por la libertad que existe en el ciberespacio y sobre todo por la facilidad que reina para que se oculte la identidad de quien atenta los derechos de autor del software disponible en la red.

RECOMENDACIONES.

1. La actual Comisión de Legislación y Fiscalización o la Asamblea Nacional, en su momento, deberán formular la legislación adecuada para proteger los Derechos de Autor y al software al amparo de las actuales tendencias analizadas (software libre), con el fin de evitar en lo posterior la aparición de conflictos jurídicos insalvables por no existir legislación aplicable.

2. La Comisión de Legislación y Fiscalización o la Asamblea Nacional deberán analizar con sumo cuidado, la factibilidad de incluir a los Derechos de Patentes como una forma de protección al software, adicionalmente a la protección que existe en el marco de los Derechos de Autor.

3. La iniciativa del gobierno nacional a través del Decreto Ejecutivo No. 1014 para utilizar software libre en la administración pública debe ser aplicada en forma obligatoria, al ser un instrumento que permitirá lograr un avance en la liberación del software a nivel nacional.

BIBLIOGRAFÍA.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.L.R. Buenos Aires, Argentina, 1.993.

CORREA, Carlos M. y otros. Derecho Informático. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1987.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel. Derecho Informático. Editorial Aranzadi S.A., Pamplona, 1993.

DAVID KON, Marcos. El Software Libre. Publicado en www.monografias.com

DECISIÓN DEL ACUERDO DE CARTAGENA 351. Publicado en el Registro Oficial No. 266 del 25 de Enero de 1994.

DECRETO EJECUTIVO 1014 "Utilización del Software libre en la Administración Pública", publicado en el Registro Oficial No. 322 del 23 de Abril de 2008

DECLARACIÓN AMERICANA DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE, aprobada en la Novena conferencia internacional americana, Bogotá, Colombia, 1948.

DISPOSICIONES TIPO PARA LA PROTECCIÓN DE SOPORTE LÓGICO. Organización Mundial para la Protección de la Propiedad Intelectual (OMPI).

ENCICLOPEDIA DE INFORMÁTICA Y COMPUTACIÓN: DEONTOLOGÍA INFORMÁTICA. Cultural S.A. Madrid - España, 1.997.

GONZALEZ, Jorge. Derechos de autor en Internet. Artículo publicado en www.monografías.com

GALDELMAN H. De Gutenberg á Internet: direitos autorais na era digital. Rido de Janeiro: Record, 1997: p.36-7, 152.

GONZALEZ M. Jorge. Los Derechos de Autor en Internet. Artículo publicado en www.monografías.com

GUERRERO, Carlos. EL SOFTWARE. Artículo publicado en www.monografias.com/trabajos15/software/software.zip

HERRMANN FERNANDEZ, Patricia. Comercio Electrónico. Texto Guía. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja, Diciembre 2006.

LANDAVERDE CONTRERAS, Melvin, SOTO CAMPOS, Joaquín, TORRES LIPE, Jorge. Delitos Informáticos. Universidad del Salvador, Octubre del 2000

LETELIER WARTENBERG, Raúl. El delito informático: aproximación a la noción de documento electrónico. Ponencia expuesta en el VIII Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología y publicada en la Revista No. 5 de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, Cuenca - Ecuador, Marzo de 1.997.

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL. Publicada en el Registro Oficial Suplemento 426 del 28 de Diciembre de 2006.

MOISSET DE ESPANES, Luis e HIRUELA DE FERNANDEZ, María del Pilar. Protección Jurídica del Software. Artículo publicado en www.monografias.com

LIPSZYC, Delia. Derechos de autor y derechos conexos. Ediciones UNESCO, Cerlalc,

Zavalia, 2005, París, Bogotá y Buenos Aires.

RIBAS ALEJANDRO, Javier. Aspectos jurídicos del comercio electrónico en Internet. Editorial Aranzadi, 1999

RODRÍGUEZ COELLO, Aldo. Protección jurídica del software. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Azuay, marzo de 1997.

SANCHEZ, Gonzalo. Patentes del software Vs. Derechos de Autor. Artículo publicado en www.sanchezlupi.com

TELLEZ VALDES, Julio. Derecho informático. Ed. McGraw-Hill, México. 1996

VALES ESPINAL, María Guadalupe. Protección Jurídica del Software. Artículo publicado en www.nodata7.tripod.com

VASQUEZ ACUÑA, Bernardo. Programas de computación. Protección jurídica, la llamada "Ley del Software". Artículo publicado en www.salvador.edu.ar

VILLACRECES REAL, Francisco. DERECHOS DE AUTOR. Editorial de la Universidad Técnica Particular de Loja. Loja, 2007. Pág. 81

www.alegsa.com.ar/dic/beerware.php

www.gestiopolis.com

www.monografias.com

www.wikipedia.com

INDICE

Resumen del contenido de la tesis XII
Introducción 14

CAPITULO I: EL SOFTWARE

1.1. Definición 15
1.2.- Elementos del software 19
1.3.- Clases 20
1.4.- Código fuente y Código objeto 29

CAPITULO II: LOS DERECHOS DE AUTOR

2.1.- Concepto 34
2.2.- Antecedentes históricos 35
2.3.- El Derecho de Autor como Derecho fundamental 40
2.4.- Clases de Derechos de Autor 43
2.5.- Protección de los Derechos de Autor 45
2.6.- Derechos conexos 47
2.7.- Infracciones a los Derechos de Autor 49
2.8.- El software como obra protegida por el Derecho de Autor 53

CAPITULO III: PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SOFTWARE EN EL MARCO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

3.1.- Medios de protección del software en particular 55
3.1.1.- Derechos de Autor 58

3.1.2.- Derechos de patente 60
3.1.3.- El secreto industrial 64
3.1.4.- Diseños y modelos 65
3.2.- Protección jurídica del software en el Ecuador 65

CAPITULO IV: EL SOFTWARE LIBRE

4.1.- definición de software libre 69
4.1.1.- Breve referencia histórica del software libre 70
4.2.- Libertades básicas del software libre 71
4.3.- Motivaciones del software libre 73
4.4.- El copyright y el copyleft 74
4.5.- Derechos de autor, licencias y software libre 77
4.5.1.- Software propietario 78
4.5.1.1.- Licencia propietaria 80
4.5.2.- Licencia libre 80
4.5.3.- Licencia pública general (GPL) 81
4.5.4.- Licencia BSD 83
4.5.5.- Licencia estilo MPL (Mozilla Public License) y derivadas 84
4.5.6.- Licencia de uso 85

CAPITULO V: LA NECESIDAD DE ADAPTACIÓN DE LAS NUEVAS FIGURAS DEL SOFTWARE EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL.

5.1.- consideraciones sobre el avance de la tecnología y su relación con el Derecho 86

5.2.- El software ibre y su inclusión en la legislación actual 89
5.3.- Tendencias a nivel mundial acerca de la patentabilidad del software 90
5.3.1.- Argumentos a favor 91
5.3.2.- Argumentos en contra 93
5.4.- Piratería del software 94
5.5.- Derechos de autor en Internet 97