

Aspectos Jurídicos del Software en el Uruguay

Dra. Esc. María José Viega^(*)

Veinticinco de Mayo 477 Esc. 46, Montevideo, URUGUAY, mjviega@viegasociados.com

El presente trabajo pretende dar un panorama de la protección jurídica del software en Uruguay. Para ello realiza un examen de los diferentes tratados internacionales ratificados por nuestro país, de los decretos que han regulado el tema y de la Ley de Propiedad Literaria y Artística. Se hace especial énfasis en la norma enumerada en último término, en virtud a su reciente modificación en enero de este año, analizando los puntos principales en que la misma ha sido modificada.

1.1 Introducción

Mucho se ha discutido jurídicamente acerca de la protección de los bienes informáticos, en nuestro país se ha prestado especial atención al software. Las tendencias que se plantearon a nivel mundial acerca de la protección jurídica del soft estaban vinculadas a la propiedad industrial (marcas y patentes) y a la propiedad intelectual (derechos de autor). La propiedad industrial se descartó en nuestro país a texto expreso por la ley de patentes N° 17.164 artículo 13 inciso E. Mayoritariamente se entendió que el software debía protegerse por el derecho de autor. Existe, también, una tercera tendencia, de autores que opinan que el derecho de autor no es suficiente para proteger esta clase de bienes y que sería necesaria la incursión en un nuevo derecho. 1

Pero finalmente, nuestro país, luego de una multiplicidad de proyectos de ley, modifica la ley 9.739, protegiendo de esta forma a los programas de ordenador por el derecho de autor.

Antes de entrar en el derecho positivo (tratados, leyes y decretos), me parece conveniente dar una serie de definiciones de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

El Glosario de Derecho de Autor y Derecho Conexos de la O.M.P.I. define al soporte lógico, estableciendo que "se entiende generalmente que significa, además del propio programa de ordenador, la descripción detallada del programa que determina el conjunto de instrucciones que constituyen el correspondiente programa y todos los tipos de material de soporte creados para que contribuyan a la comprensión o aplicación de un programa de ordenador, tales como las instrucciones para el usuario".

También la O.M.P.I. preparó Disposiciones Tipo para la protección del soporte lógico, en la que se determina que la expresión soporte lógico cubre uno o varios de los siguientes elementos:

1. define el programa de ordenador como: "un 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 específicos";

(*)Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UR). Aspirante a Profesor Adscripto de Informática Jurídica en la misma Universidad. Profesora adjunta en el curso de Derecho Telemático y Profesora en el curso en línea Derecho del Ciberespacio en la UR. Cursos del Posgrado de Derechos Informático: Contratos Informáticos, Contratos Telemáticos y Outsourcing en la Universidad de Buenos Aires. Miembro de la Comisión de Derecho Informático y Tecnológico de la Asociación de Escribanos del Uruguay. Miembro del Instituto de Derecho Informático (UR). Autora de múltiples trabajos de su especialidad. E-mail: mjviega@viegasociados.com

1 VIEGA, María José. "Piratería de Software. Aspectos civiles y penales en el Uruguay". Trabajo publicado en la Revista Sistemas. Diciembre de 1999.

1 VIEGA, María José. "Piratería de Software. Aspectos civiles y penales en el Uruguay". Trabajo publicado en la Revista Sistemas. Diciembre de 1999.

2. respecto a la descripción del programa, la caracteriza como "una presentación completa de procedimientos en forma verbal, esquemática u otra, lo suficientemente detallada para determinar un conjunto de instrucciones que constituya el programa de computador correspondiente"; y
3. el material auxiliar, que es "todo material distinto del programa de computador o de una descripción de programa, creado para facilitar la comprensión o aplicación de un programa de computador, como, por ejemplo, descripciones de problemas e instrucciones para el usuario".

1.2 Protección jurídica del software

El objeto de la ponencia es analizar la protección jurídica del software en nuestro país y por tanto realizaremos un relevamiento de la normativa existente. En primer lugar debemos destacar la normativa internacional referente a la propiedad intelectual que ha sido ratificada en forma expresa por nuestro país, pasando luego al análisis de Decretos, para finalmente realizar un estudio de la Ley Madre de Derechos de autor y su modificativa.

Previo a ello, es relevante destacar que en la **Constitución de la República**, en su **Art. 33** declara: "El trabajo intelectual, el derecho del autor, del inventor o del artista, serán reconocidos y protegidos por la ley".

1.2.1 Normativa internacional

1. Ley 6.103 de 11/7/1918, que aprobó la Convención de Buenos Aires sobre propiedad Literaria y Artística de 11/8/1910.
2. Decreto-ley 10.272 de 12/11/1942, que ratificó el Tratado de Montevideo sobre propiedad Intelectual de 4 de agosto de 1939.
3. Por Decreto-ley 14.910 del 19/7/1979 por el cual se dio aprobación:
 4. al Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 20/3/1883 (revisado últimamente en Estocolmo el 14/7/1967),
 5. al Convenio de Berna para la protección de las obras Literarias y Artísticas de 9/9/1886 (revisado últimamente en París el 24/7/1971) y
 6. al Convenio constitutivo de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
7. Ley 16.321 del 27 de octubre de 1992, que ratificó la Convención Universal sobre Derecho de Autor, firmada en Ginebra el 6/9/1952 y revisada en París el 24 de julio de 1971.
8. Nuestro país ha ratificado por la ley 16.671 de 13/12/1994, los acuerdos referidos a la Ronda Uruguay del GATT y, entre ellos, el acuerdo sobre los aspectos del derecho de propiedad intelectual relacionados con el comercio, conocido con la sigla en inglés: TRIPS. A través del TRIPS se incorpora al Derecho Positivo Uruguayo, la obligación para el Estado de dar adecuada protección al soporte lógico².

2 VIEGA, María José. "Software: Un bien informático, ¿protegido penalmente?". Ponencia presentada al VI Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática. Montevideo, Mayo de 1988. Libro de Ponencias, FCU. Publicado en la Revista Electrónica de Derecho Informático N° 6.

1.3 Decretos nacionales

1. La primera norma referente a esta materia fue el dictado del Decreto 154/89 que regulaba la inscripción del software en el Registro de Derechos de Autor.
9. Frente al rechazo de las inscripciones del software en el Registro de Derechos de Autor de la Biblioteca Nacional y a los efectos de solucionar esta situación, se dictó el Decreto 154/89 el 11 de abril de 1989 que modificó el viejo decreto de la ley de derechos de autor de 21 de abril de 1938, y amplió su texto a efectos de dar cabida a los programas de ordenador³.
10. Esto generó una grave discusión acerca de la protección del software, ya que se interpretó por vía de decreto que el software estaba incluido en la Ley de Propiedad Literaria y Artística N° 9739 del año 1937. Y si bien así fue en materia civil y administrativa, los mayores problemas se ocasionaron en la órbita penal, ya que haciendo una interpretación extensiva de la norma se procesó y condenó a personas por el delito de reproducción ilícita de software, en base al artículo 46 de la mencionada ley, violando a mi entender el principio de legalidad que rige en material penal.
11. A pesar de las acciones civiles y penales que se llevan a cabo, es interesante destacar que las mismas son iniciadas por empresas extranjeras. Y otro dato importante de nuestra realidad es que en el Registro de Derechos de Autor de la Biblioteca Nacional se registran muy pocos programas de ordenador cada año⁴ y prácticamente no han existido controversias.
12. Actualmente, a nivel nacional con la entrada en vigencia de la Ley N° 17.616 ya no es necesario realizar el trámite de inscripción, en virtud a que la nueva ley concretó el principio de "informalismo" en materia de derecho de autor, ya consagrado mayoritariamente en la doctrina y la jurisprudencia, según el cual para que exista el derecho no es necesario registrar.
13. Sin embargo, a pesar de la modificación legal entendemos conveniente realizar la inscripción registral ya que con la misma se obtiene una presunción de autoría y una fecha cierta.

2. Decreto 142/991 Regulación del Software en la Administración Pública.

14. Con el fin de regular el uso legítimo de los programas de computador en la Administración Pública a fin de evitar la copia ilegítima de los mismos, dictó el Decreto del Poder Ejecutivo 142/991 de 6/2/1991 disponiendo que: *“ en todos los casos en que el Estado incorpore soportes lógicos para su parque de computación y cualquiera fuere la modalidad para ello (compra, arrendamiento, licencia de uso u otras), de forma gratuita u onerosa, deberá verificarse previamente la titularidad del programa de computador.”*
15. Esta es una solución del año 1991, para que el Estado no violara los derechos autorales de los autores del software, ya que cuando se pensaba en informatizar un sector se analizaban los gastos de hardware, pero no lo correspondiente a licencias de software. Hoy día existen otras opciones a los efectos de que el Estado no deba pagar grandes sumas de dinero por concepto de licencias.
16. Así el Proyecto de Ley N° 1609 de Software Libre presentado en Perú por Edgar Villanueva, manifiesta en la exposición de motivos relacionado a de dependencia tecnológica con otros países: *“Esta carrera por no quedar atrasados resulta en elevados costos por pago del derecho de uso de esta tecnología informática. Esto es particularmente cierto en la administración pública, como en la actividad privada, en las que por concepto de licencias de "software" se debe abonar*

3 VIEGA, María José. “Análisis jurisprudencia en materia de software”. Ponencia presentada al Primer Congreso Andino de Derecho e Informática. Universidad de Zulia (Venezuela), OMPI y V-lex. Maracaibo, Marzo de 2001.

4 VIEGA, María José. “La piratería de software ¿es un delito?”. Trabajo publicado en La Justicia Uruguaya noviembre-diciembre 1998 y en la Revista Electrónica de Derecho Informático N° 5.

elevadas sumas de dinero cada año”.

17. Sería conveniente realizar un estudio fundado de las implicancias de que el Estado Uruguayo aplique software libre, ya que cuando hablamos de costos no debemos pensar exclusivamente en los generados por las licencias, sino en todo el cambio que debe realizarse, costos de soporte y mantenimiento, así como en capacitación a usuarios.
18. De todas formas, y más allá de los números, poseemos es una realidad que poseemos técnicos con conocimiento suficiente, lo cual implicaría una fuente de trabajo interna, realizando inversiones de dinero que quedan en el país, lo que no sucede con las licencias actuales de software propietario.
19. No quiero dejar de destacar, en este punto, la existencia de la Resolución de fecha 27 de junio de 2003 de la Junta Departamental de San José, por la cual se resolvió el uso del software libre en todo el equipamiento informático de esa repartición de gobierno. Es la primer norma en Uruguay que establece el uso del Software Libre en la Administración Pública.
3. Decreto 84/999 del 24 de marzo de 1999. En virtud de que el sector productor de software ha revelado poseer una potencialidad de desarrollo aún no aprovechada íntegramente, por el presente decreto se declara de Interés Nacional a esta actividad, en condiciones de competencia internacional.
4. Decreto 225/000 del 8 de agosto del 2000. Frente a la necesidad de definir una política nacional que permita el desarrollo de la Sociedad de la Información en Uruguay, se ha considerado prioritario trabajar en el desarrollo de áreas como son la alfabetización telemática, el desarrollo de servicios telématicos para el ciudadano y las empresas, la modernización de la Administración Pública, la promoción de un mercado eficiente de las telecomunicaciones e Internet y desarrollo de condiciones de competitividad para el Sector Software. El artículo 1° crea el Comité Nacional para la Sociedad de la Información. El mismo tiene a su cargo la dirección ejecutiva de los planes para el desarrollo de ésta5.
5. Decreto 387/000 del 28 de diciembre del 2000. Por el artículo 1° se sustituyen los artículos 2 y 3 del Decreto N° 84/999 y exonera del Impuesto a las Rentas de la Industria y el Comercio (IRIC), a las rentas derivadas de la actividad de producción de soportes lógicos.

1.4 Legislación uruguaya

Nuestro análisis se referirá a la Ley 9.739 del 17 de diciembre de 1937 modificada en enero de este año por la Ley 17.616.

Cuando hablamos de protección autoral, debemos distinguir el doble contenido que posee el derecho de autor. Por un lado existen los llamados derechos morales del autor, que son intrínsecos a su calidad de tal, y se caracterizan por ser inalienable e irrenunciable, inembargable, inejecutable e inexpropiable, imprescriptible (porque está fuera del comercio de los hombres) y es insubrogable, por ser inherente a la calidad del autor. El Derecho Moral, le permite al autor exigir que su nombre sea mencionado y aparezca en lugar visible de la obra siempre que esta sea reproducida, comunicada al público, transformada o distribuida por cualquier forma.

5 VIEGA, María José. “Situación jurídica del Software en Uruguay: normativa, proyecto de ley y jurisprudencia”. Ponencia presentada al III Congreso Internacional de Derecho e Informática. Quito, Abril de 2001.

El segundo aspecto del derecho del autor es el derecho patrimonial, relacionado a la explotación económica de la obra, lo que puede realizar por sí o autorizando a otros:

- la *reproducción* de la obra en forma material (edición, reproducción mecánica, etc.)
- la *comunicación pública* (la radiodifusión, la exhibición, cinematografía, la exposición, etc.)
- la *transformación* de la obra mediante su traducción, adaptación, arreglo musical, etc.
- el derecho de *participación* o “droit de suite”. Es el derecho de los autores de obras artísticas a percibir una parte del precio de las ventas sucesivas de los originales de estas obras.

Los derechos patrimoniales están signados por las siguientes características:

- *Son independientes entre sí.* Los derechos de reproducción, de adaptación cinematográfica, la representación ,etc., la transmisión a terceros solo puede depender de manifestaciones expresas y diferencias de la voluntad del autor.
- *No están sujetos a numerus clausus.* Los derechos de explotación de que dispone el autor son tantos como formas de utilización de la obra sean factibles, no solo en el momento de la creación de la obra, sino durante todo el tiempo en que ella permanezca en el dominio privado.
- *El autor puede fraccionar el ámbito de validez espacial y temporal de la autorización del uso de su obra.*
- *Los derechos de explotación no conocen más limitaciones –o excepciones- que los establecidos en la ley.* Las limitaciones –o excepciones- del derecho de autor están sujetas a numerus clausus. Son específicas, a diferencia de los derechos, que son reconocidos con carácter genérico.
- *La autorización de uso de una obra implica el derecho del autor a obtener una remuneración.*

La ley 17.616 no ha sido una solución que tenga aceptación unánime. El Dr. Juan Andrés Ramírez, por ejemplo, entiende que al legislar “Se parte de una premisa equivocada y es el considerar como principio general de derecho el “derecho a apropiarnos” de nuestra creación intelectual. Los seres humanos no tenemos derecho a apropiarnos de nuestras creaciones intelectuales”⁶.

El artículo primero de la Ley 17.616 agrega un párrafo final a la Ley 9.739, en el cual se establece que se protegen los derechos de “productores de fonogramas”. Los cuales entiendo no deberían estar contemplados en esta ley, en virtud a que la misma es de protección autoral. Por otra parte, me pregunto, si opta por proteger a los productores, ¿por qué en exclusividad a los de fonogramas?.

En el artículo segundo se amplían los aspectos comprendidos por la propiedad intelectual, en virtud de lo cual el autor tiene facultad exclusiva de enajenar, reproducir, distribuir, publicar, traducir, adaptar, transformar, comunicar o poner a disposición del público sus obras.

El artículo tercero de la Ley N° 17.616 sustituye el artículo 5 de la Ley de Propiedad Literaria y Artística, agregando nuevas obras, entre las cuales se encuentra el software. Y establece que se

6 Informe de la Dra. Martha Caviglia respecto de la reunión realizada en el Colegio de Abogados. <http://gpi.espaciolibre.net>

protegen los programas de ordenador “sean programas fuente o programa objeto”.

Se extiende por la nueva ley el plazo de protección posterior a la muerte del autor de 40 años a 50. Lo cual no parece apropiado para obras tecnológicas, entendiéndose que el plazo original debía haberse reducido en lugar de aumentado.

Fue modificado en aspectos relevantes el artículo 46 de la ley 9.739. Así es que en literal A) agrega nuevos verbos nucleares, a los 4 que originalmente tipificaban las conductas ilícitas, que eran editar, vender, reproducir y atribuir, se le agregan: distribuir y almacenar. Exige también que exista ánimo de lucro. Quienes cometan estos delitos serán castigados con penas de 3 meses de prisión a 3 años de penitenciaría.

El literal B) es más preocupante, ya que serán castigados con igual penal a la anterior, el que fabrique, importe, venda, dé en arrendamiento o ponga de cualquier otra manera en circulación. Esta expresión genérica es peligrosa, ya que si el arrendamiento está consagrado a texto expreso, me preocupa pensar que se esté refiriendo al préstamo. Porque si esto puede tener motivos que se han entendido “fundados” para el software, desde el punto de vista de entender que la instalación en otra máquina es una reproducción, esto no es así por ejemplo en lo libros.

En el inciso C) se establece que la sentencia condenatoria ordenará la confiscación y destrucción de las copias de las obras o producciones, de los embalajes o envoltorios , así como todos los artículos, dispositivos o equipos utilizados en la fabricación de las mismas. Los equipos serán entregados a instituciones docentes oficiales.

El literal D) se refiere a quien altere o suprima, sin autorización del titular de los derechos protegidos por esta ley, la información electrónica colocada por los titulares de los derechos de autor o conexos.

Por último, el literal E) se refiere a las reproducciones sin ánimo de lucro o de causar un perjuicio injustificado, será castigado con 10 UR. Esto no es otra cosa que la copia doméstica, que si bien tiene una sanción pecunaria, hubo un avance en cuanto a que se lo penalizara con multa y no con prisión.

El artículo 16 da nueva redacción al art. 47 de la Ley Nº 9.739, y establece que los titulares de los derechos protegidos podrán solicitar una inspección ocular con el objeto de constatar los hechos que comprueben infracciones a esta ley. En realidad, esto no es necesario que se estableciera en forma particular en la ley, porque ya estaban establecidas en el Código General del Proceso. Pero la diferencia de peso, es que mientras el CGP le otorga al Juez la facultad de exonerar de contracautela en algunos casos justificados, la ley 17.616 establece que “La inspección decretada por el Juez no requerirá contracautela”, lo cual no parece ser justo en virtud a que quienes realizan este tipo de acciones son multinacionales, que accionan contra negocios nacionales, los cual podría llevar a que los mismos sean inspeccionados en forma arbitraria.

El artículo 48, con el texto dado por el art. 17 de la nueva ley, establece que “El Juez, a instancia del titular del respectivo derecho o de su representante, o de entidades de gestión colectiva, podrá ordenar la práctica de las medidas cautelares ...”. No me parece conveniente que la ley otorgue a entidades de gestión colectiva la posibilidad de iniciar acciones tendientes a obtener medidas cautelares que van desde la suspensión de actividades, secuestro de ejemplares y equipos hasta el embargo de ingresos obtenidos por la actividad ilícita. En nuestro medio ya se ha visto la presión ejercida por estos

organismos sin tener potestades, en una casería de brujas, llevada a cabo bajo un lema que podría resumirse en denuncie a su vecino, no me gusta pensar en cuales serán sus actuaciones a partir de la presente ley.

1.5 Reflexión final

El software libre, tema objeto del presente evento, está enmarcado en la normativa expuesta, con las salvedades que se establecen en las diferentes licencias. Los programadores de software libre tienen la protección autoral en su doble contenido: moral y patrimonial. Poseen por tanto todas las facultades que le otorga la Ley 9.739 con las modificaciones de la Ley 17.616 para accionar y proteger sus obras, ya que es una obligación esencial -en las licencias GPL por ejemplo- el respeto de los derechos morales del creador. Así es que, me parece relevante, dejar claro que el Software Libre está sujeto al derecho positivo uruguayo y a los contratos de licencias, que son aceptados por el usuario al utilizar el programa. Así como se suele hacer incapié en que libre no es gratuito, creo que es relevante destacar que la libertad del usuario no implica -por lo menos en la mayoría de las licencias- “apropiarse” de lo realizado por otro, sino que deben respetarse los derechos que el autor posee.

Montevideo, agosto de 2003